Der

Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten

und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Inaugural - Dissertation

der

hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Heinrich Hüttenhain

Referendar

aus Hilchenbach.

AGAD. LAND. BIBL.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0056

Litteraturangabe:

1. Arndts: Lehrbuch der Pandekten, München 1868.
2. Baehr: Zur Besitzlehre, Jherings Jahrbücher Bd. 26.
3. Baron: Pandekten, Leipzig 1893.
4. Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., Gruchots Beiträge 42. Jahrgang.
5. Bekker: Zur Reform des Besitsrechts, Jherings-Jahrbücher Band 30.
6. Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen, Jherings Jahrbücher Band 34.
7. Bendix: Das deutsche Privatrecht, Sachenrecht, Breslau 1898.
8. Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 1903.
9. Buchka: Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, Berlin 1899.
10. Bruns: Recht des Besitzes, Tübingen 1848.
11. Bruns: Besitzklagen, Weimar 1874.
12. Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Band, Sachenrecht, 3. Aufl., Jena 1900.
13. Dernburg: Pandekten, Berlin 1900.
14. Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, III. Band, das Sachenrecht, 2. Aufl., Halle a. S. 1901.

15. Elvers: Die römische Servitutenlehre, Marburg 1856.
16. Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. und 4. Auflage, II. Band 1. Teil, Sachenrecht, Berlin 1898.
17. Enneccerus und Lehmann: Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Band von Lehmann, 2. Aufl. Marburg 1901.
18. Fischer: Vorträge über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.
59. Gierke: Fahrnisbesitz, Jena 1897.
20. Gierke; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1889.
21. Habicht: Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl., Jena 1901.
22. Heilfron: Lehrburch des Bürgerlichen Rechts, III. Band, Sachenrecht, Berlin 1900.
23. Heinsheimer: Bürgerliches Gesetzbuch und badisches Recht, Karlsruhe 1901.
24. Hoffmann: Lehre von den Servituten, Darmstadt 1838.
25. Jhering: Grund des Besitzschutzes, Jherings Jahrbücher Band 9.
26. Jhering: Besitzwille 1889.
27. Jhering: Der Besitz, Jherings Jahrbücher Bd. 32.
28. Josef: Erläuterungen zu den Besitzklagen des bürgerlichen Rechts, Archiv für bürgerl. Recht Band 15.
29. Kniep: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs

gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, Jena 1900.

30. Krech: Recht an Grundstücken, Berlin 1889.
31. Kohler: Beiträge zum Servitutenrecht, Archiv für zivilistische Praxis, Band 87.
32. Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.
33. Luden: Die Lehre von den Servituten, Gotha 1837.
34. Maenner: Das Recht der Grundstücke, München 1899.
35. Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 3. Auflage, Berlin 1900.
36. Meisner: Das Sachenrecht, Kommentar, Breslau 1901.
37. Motive: Band III.
38. Niedner: Einführungsgesetz, Kommentar, Berlin 1901.
39. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, III. Band, Sachenrecht, Berlin 1902.
40. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, VI. Band, Einführungsgesetz, Berlin 1901.
41. Protokolle: Band III und VI.
42. Scherer: Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Kommentar, Erlangen 1899.
43. Schoenemann: Die Servituten, Leipzig 1866.
44. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 1901.
45. Staudinger: Sachenrecht von Kober, III. Band. Kommentar, München 1898.
46. Staudinger: Einführungsgesetz, VI. Band, Kommentar, München 1901.

47. Strohal: Der Sachbesizt nach Bürgerlichem Recht, Jherings Jahrbücher Band 38.
48. Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht, I. Band: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Paderborn 1902.
49. Vangerow: Pandekten, Leipzig 1876.
50. Wächter: Pandekten. Leipzig 1881.
51. Wendt: Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuchs, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 87.
52. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, herausgegeben von Kipp, Frankfurt 1900.

Disposition:

Einleitung:

§ 1. Grund und Ausdehnung des Besitzschutzes.

Ausführung:

I. Die Frage des Rechtsbesitzes und seines Schutzes.

§ 2. a) im römischen
§ 3. b) im gemeinen } Recht.
§ 4. c) im bürgerlichen

II. Der Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten im bürgerl. Recht.

a) Voraussetzungen des Besitzschutzes:

§ 5. 1. Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch,
§ 6. 2. Besitz des herrschenden Grundstücks,
§ 7. 3. Einmalige Ausübung der Dienstbarkeit im letzten Jahre,
§ 8. 4. Störung in Ausübung der Dienstbarkeit.

b) Umfang des Besitzschutzes:

1. Das Recht des Selbstschutzes
§ 9. α) Selbstverteidiguug,
§ 10. β) Selbsthülfe.
2. Der gerichtliche Schutz
§ 11. α) Das Verhältnis der Besitzklagen zum Recht und zu der Klage aus dem Recht,
§ 12. β) Welche Klagen sind zulässig?

§ 13. γ) Gemeinsames der Klagen,
§ 14. δ) Die Klagen im einzelnen.
§ 15. III. Der Besitzschutz bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.
IV. Übergangsbestimmungen:
§ 16. a) Notwendigkeit
§ 17. b) Inhalt
§ 18. c) Bedeutung u. Wirkung
} der Übergangsbestimmungen.
Schluss:
§ 19. Die praktische Bedeutung des Besitzschutzes bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Einleitung.

Grund und Ausdehnung des Besitzschutzes.

§ 1.

Von je her hat sich für die Rechtsordnung die Notwendigkeit ergeben, dem Besitze als der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache Rechtsschutz zu gewähren, und auch heute noch ist der Rechtsschutz des Besitzes eine in den Gesetzen aller Kulturvölker anerkannte Rechtseinrichtung.

Die Frage, weshalb die Rechtsordnung einen Zustand schützt, der zuweilen der Ausdruck eines groben Unrechts sein kann, ist Gegenstand zahlreicher Erklärungsversuche geworden. Es giebt eine grössere Anzahl von Theorieen, die den Grund des Besitzschutzes vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus erklären wollen. Diese Theorieen lassen sich ähnlich wie die Strafrechtstheorieen in absolute und relative einteilen.

Die absoluten Theorieen wollen den Besitz um seiner selbst willen schützen. Am wichtigsten ist hier die Willenstheorie von Bruns und Windscheid, wonach der im Besitze realisierte Wille Schutz verdient.

Die relativen Theorieen wollen ein ausserhalb des Besitzes liegendes Gut schützen. Nach Savigny ver-

dankt der Besitz seinen Schutz nur dem von der Rechtsordnung aufgestellten Verbot der Gewalt; der Besitzschutz bezweckt dementsprechend den Schutz der Person des Besitzers gegen Gewalt. Nach Jhering wird der Besitz wegen des vermutlich hinter ihm stehenden Eigentums geschützt. Der Besitzschutz ist demnach eine notwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigentumsschutzes.

Die rechtsphilosophischen Theorieen geben keine befriedigende und wirklich praktische Erklärung des Besitzschutzes. Es entspricht weit mehr der natürlichen Anschaunng, wenn die Denkschrift zum BGB. davon absieht, nach einem besonderen rechtsphilosophischen Grunde für den Besitzschutz zu forschen, sondern die Ansicht vertritt, der Besitzschutz beruhe auf dem Gedanken, durch Aufrechterhaltung des äusseren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache den Rechtsfrieden zu wahren. Unhaltbare Zustände würden herrschen, wenn nicht unsere thatsächliche Vermögensstellung gegen fremde Übergriffe gesichert wäre. Weil der Besitz die Voraussetzung vieler Vermögensrechte ist, muss er gegen jeden Willen aufrecht erhalten werden, dessen höhere Berechtigung nicht nachgewiesen ist.

Der Besitzschutz gestaltet sich den verschiedenen Arten des Besitzes entsprechend verschieden. Je nachdem es sich um Eigenbesitz oder Fremdbesitz, um unmittelbaren oder mittelbaren Besitz, um Sachbesitz oder Rechtsbesitz handelt, sind auch die Voraussetzungen und die Ziele des Besitzschutzes andere.

Am meisten Schwierigkeiten bereitete von je her die Anwendung des Besitzschutzes in den Fällen des sog. Rechtsbesitzes; dies war eine Folge der Unklarheit, die über die juristische Natur dieses Rechtsinstitutes herrschte. Die Regelung, die unser heutiges Recht bezüglich des Rechtsbesitzes und seines Schutzes getroffen hat, ist wenig befriedigend und wird Anlass zu zahlreichen Kontroversen geben. Das BGB. lehnt nämlich die Anerkennung eines Rechtsbesitzes grundsätzlich ab, schafft aber dadurch ein eigentümliches Zwittergebilde, dass es den Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten unter Aberkennung eines Rechtsbesitzes Besitzschutz gewährt.

Es wird im folgenden unsere Aufgabe sein, zunächst die Frage des Rechtsbesitzes und seines Schutzes im römischen und gemeinen Recht zu erörtern; wir werden sodann auf die ablehnende Haltung des BGB. gegenüber dem Rechtsbesitze näher eingehen und die letzten Reste eines Rechtsbesitzes im heutigen Rechte, wie sie in dem den Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gewährten Besitzschutz zu Tage treten, einer Besprechung unterziehen.

Ausführung.

I. Die Frage des Rechtsbesitzes und seines Schutzes.

a) Im römischen Recht.

§ 2.

Die Frage des Rechts- oder Quasibesitzes hat von je her zu den bestrittensten Materien des Sachenrechts gehört, und auch heute noch sind die Ansichten hierüber nicht völlig geklärt. Schon der Name „Rechts- oder Quasibesitz" mochte dazu beitragen, das wirkliche Wesen dieses Rechtsinstitutes zu verdunkeln. Diese Ausdrücke sind, wie wir weiter unten sehen werden, wenig entsprechend, und man sollte ihnen eigentlich keine Berechtigung zuerkennen.[1] Als Vorbilder für diese Wortbildungen haben gewisse Stellen der römischen Rechtsbücher gedient, welche diesen Besitz als quasi possessio, juris possessio, juris quasi possessio bezeichnen. Der schwankende Sprachgebrauch der römischen Quellen deutet bereits darauf hin, dass man sich über das eigentliche Wesen dieses Institutes nicht im Klaren war, ja, wir finden sogar manche Stellen, die den Quasibesitz überhaupt leugnen oder doch nur sehr beschränkt anerkennen. Erst der klassischen

1) Windscheid, Pandekten S. 740; Schoenemann, Die Servituten S. 153, 154.

Jurisprudenz ist die Entwicklung der Theorie eines Rechtsbesitzes gelungen und erst unter Ulpian können wir von einem gewissen Abschluss dieser Entwicklung sprechen.[1]

Was für Rechtsverhältnisse hatten nun die römischen Juristen im Auge, wenn sie von juris-, quasi-, juris quasi possessio sprachen? Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir etwas weiter ausholen und die possessio resp. das römische Sachenrecht im allgemeinen besprechen.

Das römische Sachenrechtssystem lässt sich in zwei Hauptteile zerlegen: auf der einen Seite steht das römische Eigentum, das dominium, auf der anderen Seite das Parallelinstitut zum Eigentum, der Besitz, die possessio.

Das dominium ist der Inbegriff aller Befugnisse, die einer Person in Ansehung einer Sache rechtlich zustehen können. Dieses umfassende Recht kann Beschränkungen erleiden durch andere Personen, denen die Sache in gewissen Beziehungen unterworfen sein kann. So ergeben sich als Unterabteilung des umfassenden Eigentums die Rechte an fremder Sache, jura in re aliena, die das Eigentum nicht ausschliessen, aber, so lange sie bestehen, beschränken.[2]

Diesen beiden Fällen des römischen Eigentums steht die possessio als die thatsächliche Übung der Herrschaft über eine Sache gegenüber. Sie bezweckt ebenso wie das Eigentum „die bewusste und gewollte „thatsächliche, fremde Beherrschung ausschliessende

1) Elvers, Die Servituten S. 647; Baron, Pandekten S. 306.
2) Arndts, Pandekten S. 186.

„Herrschaft über eine fremde Sache.[1] Der Unterschied besteht darin, dass bei der possessio im Gegensatz zum Eigentum das Recht ausser Acht bleibt.

Die possessio kann nach römischem Rechte entweder eine rei (corporis) possessio oder eine juris (quasi) possessio sein. Diese Einteilung entspricht der Einteilung des Eigentums in dominium und jura in re aliena. Es verhält sich also die rei possessio zum dominium wie die juris possessio zu den jura in re aliena.[2]

Betrachten wir zunächst die rei possessio und ihre Abarten. Wir berücksichtigen dabei die bis zuletzt herrschend gebliebene Lehre Savignys, ohne hier auf die, besonders von Jhering, mit Recht gegen sie gerichteten Angriffe näher einzugehen.

Nach Savignys Theorie ist nur der mit dem animus domini verbundene Besitz, der auch Eigentumsbesitz schlechthin genannt wird, „juristischer Besitz." Nur dieser juristische Besitz geniesst den Schutz der possessorischen Interdikte.

Abgesehen vom Eigentumsbesitze giebt es noch andere Herrschaftsverhältnisse über die Sache, die aber rechtlich als Besitz nicht in Betracht kommen. Dies sind nämlich die Fälle, in denen der die Herrschaft ausübende den „animus rem alieno nomine habendi" hat. Hierher gehören Mandatar, Kommodatar, Depositar, ferner diejenigen Personen, die ihr Besitzrecht von einem juristischen Besitzer ableiten, wie Mieter, Pächter, Pfandgläubiger, Niessbraucher etc. Nach

1) Schoenemann, a. a. O. S. 155.
2) Bekker, zur Reform des Besitzrechts S. 237.

Savignys Theorie müssten alle diese Rechtsverhältnisse schutzlos sein, dies ist aber nicht der Fall, denn das Recht erkennt bei Pfandgläubiger, Prekarist und Sequester einen juristischen Besitz an, der zum Interdiktenschutze berechtigt. Diese Erscheinung sucht Savigny durch Konstruktion eines abgeleiteten juristischen Besitzes zu erklären.

Neben der rei possessio als der totalen thatsächlichen Willensherrschaft über eine Sache schuf das spätere römische Recht die juris- oder quasi possessio, welche den jura in re aliena entsprechend als Herrschaft über einzelne Wertseiten der Sache zu verstehen ist. Zu einer klaren Durchbildung dieses Gedankens und zur Entwickelung einer einheitlichen Theorie eines Rechtsbesitzes ist das römische Recht aber nicht gekommen.

Schon die Worte Rechts- oder Quasibesitz (juris- oder quasipossessio) lassen die herrschende Unklarheit erkennen. Das Wort Rechtsbesitz ist darum unangebracht, weil nicht das Recht besessen wird, sondern die beherrschte Sache, wenn auch nur in einzelnen ihrer Beziehungen. Ebensowenig ist die Bezeichnung „Quasibesitz“ dazu angethan, das Wesen des damit bezeichneten Rechtsinstitutes klarer hervortreten zu lassen. „Es gilt dasselbe wie von sonstigen „Verbindungen mit Quasi z. B. Quasikontrakte, Quasi-„delikte. Das Quasi verweist die Sache in das Gebiet „des Unklaren.“[1]

---

1) Kniep, der Besitz S. 1.

Die Stellungnahme des römischen Rechts zum Rechtsbesitze erkennen wir am besten, wenn wir die Rechtsinstitute, bei denen ein Rechtsbesitz möglich ist, einzeln betrachten.

Von einem Rechtsbesitze kann nur bei denjenigen Rechten die Rede sein, die einen bleibenden Zustand, eine durch eine gewisse Zeit fortdauernde Herrschaft über eine fremde Sache herbeiführen. Deshalb ist der Besitzbegriff auf das Pfandrecht nicht anwendbar. Der Pfandgläubiger darf sich zwar in den Besitz der Pfandsache setzen aber nur, um sie zum Verkaufe zu bringen und sich aus ihrem Erlöse zu befriedigen. Es handelt sich also bloss um einen vorübergehenden Akt. Vom Faustpfande wird man gleiches nicht sagen können. Hier erlangt der Pfandgläubiger die thatsächliche Herrschaft über die Pfandsache und zwar für eine gewisse Dauer. Trotzdem hat das römische Recht beim Faustpfand einen Rechtsbesitz nicht anerkannt (jedenfalls, weil der Rechtsbesitz noch nicht ausgebildet war) sondern hat zu einer Ausnahmebestimmung gegriffen und dem Faustpfandgläubiger, obgleich er nur Detentor und nicht juristischer Besitzer ist, Sachbesitzschutz gewährt.[1]

In seiner klassischen Entwicklung erkennt das römische Recht einen Rechtsbesitz besonders bei den Servituten an, weshalb auch von Servitutenbesitz schlechthin gesprochen wird. Bei den Servituten ist nämlich eine unmittelbare dauernde Beherrschung der Sache in gewissen Beziehungen möglich.

1) Ebenso Windscheid a. a. O. S. 740; A. M. Waechter, Pandekten S. 104.

Im allgemeinen hat das römische Recht auf den Rechtsbesitz die gleichen Grundsätze angewandt wie auf den Sachbesitz. Dies gilt insbesondere bezüglich des Erwerbs und des Verlustes des Rechtsbesitzes. Was aber den Schutz des Rechtsbesitzes anbetrifft, so ist zwischen den einzelnen Fällen zu unterscheiden.

Da wo der Rechtsbesitz mit der Detention der Sache verbunden ist, (beim Niessbraucher, Superfiziar) finden die Besitzschutzmittel unmittelbar Anwendung. Jedoch mag hervorgehoben werden, dass diese Anwendung nicht auf dem Wege der reinen Analogie durch die Juristen, sondern durch eine positive Bestimmung des prätorischen Edikts herbeigeführt worden ist.[1] [2]

Was die Prädialservituten angeht, so herrschte lange Streit, ob bei diesen die Besitzschutzmittel, besonders das int. uti possidetis anwendbar seien oder nicht. Es erscheint nicht notwendig auf die einzelnen Kontroverse[3] näher einzugehen, da man heute überwiegend zu der Ansicht gekommen ist, dass bei jenen Prädialservituten, welche

1) Vangerow, Pandekten S. 779.

2) Die herrschende Meinung tritt für den sog. Rechtsbesitz bei Niessbrauch und Superficies ein Baehr (Jherings Jahrb. Band 26 S. 270) ist allerdings der Ansicht, Niessbraucher und Superficiar seien Sachbesitzer. Vgl. Kniep a. a. O. S. 110.

3) Früher nahmen die meisten Juristen an, dass bei allen Servituten, also auch bei allen Realservituten, ein possessorischer Schutz stattfinde (z. B. Elvers S. 841). Schoenemann (a. a. O. S. 190 ff.) ist der gleichen Ansicht, meint aber, bei der Eigentümlichkeit einiger Praedialservituten sei es notwendig gewesen, dem int. uti poss. noch gewisse, diese Eigentümlichkeit berücksichtigende Bestimmungen beizufügen. Die so modificierten Interdikte (z. B. int. de itinere actuque privato) seien weiter nichts als interdicta uti possidetis in

mit einem Haben verbunden waren (protectum, tignum immissum habere), die Schutzmittel des Sachbesitzes unmittelbar Anwendung fanden,[1] weil hier jeder Eingriff in den Rechtsbesitz zugleich Störung des Sachbesitzes war.

Bei den Rusticalservituten gab es einen Besitzschutz nur für die am meisten vorkommenden Wege-, Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsgerechtigkeiten. Das interdictum de itinere actuque privato stand demjenigen zu, der innerhalb des letzten Jahres vor der Klageanstellung wenigstens an dreissig Tagen eine Wegegerechtigkeit nec vi nec clam nec precario ausgeübt hatte. Das interdictum de aqua stand demjenigen zu, der die Wasserleitung im letzten Gebrauchsjahre gutgläubig einmal, dem Gegner gegenüber fehlerfrei benutzt hatte. Ausserdem gab es noch interdicta de rivis, de fonte, de cloacis etc.

Für negative Servituten bestand kein besonderer Besitzschutz. Aushülfe gewährte die operis novi nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam. Die op. novi nuntiatio war ein privates Bauverbot gegen einen unternommenen, aber noch nicht beendeten Bau; das int. quod vi aut clam gewährte ein Wider-

spezieller Anwendung. Auf Savigny sich stützend, behaupten einige, die servitutes praediorum urbanorum seien alle possessorisch geschützt, während auf die servitutes praediorum rusticorum nur die einzelnen speziellen Interdikte Anwendung fänden (z. B. Luden, Servituten S. 288 ff.). Auf einem ganz ablehnenden Standpunkte steht Vangerow a. a. O. S. 780 ff.

1) Ebenso: Arndts § 192 Anm. 4, Waechter S. 259, Baron S. 309, Dernburg I § 257, Windscheid S. 746, Kuhlenbeck, von den Pandekten etc. S. 474, 515.

spruchsrecht gegen die eigenmächtige Vornahme einer nachteiligen Neuerung an einem Grundstück.

b) Gemeines Recht.

§ 3.

Das kanonische Recht blieb bei der Entwicklung des römischen Rechts nicht stehen; es erweiterte den Begriff des Rechtsbesitzes, indem es jeden possessorisch schützte, der sich im ungestörten Genusse irgend eines Rechts befand, dem eine dauernde Ausübung entsprach. Es dehnte dementsprechend den possessorischen Schutz zunächst auf alle Servituten aus, sodann auf eine Menge neu entstandener Rechte, (z. B. kirchliche Hoheitsrechte, kirchliche Würden, Ämter, Pfründen, Zehnten und andere Reallasten). Die weltliche Gesetzgebung und die Rechtsprechung der weltlichen Gerichtshöfe schlossen sich dem Vorgehen des kanonischen Rechts um so lieber an, als dasselbe den deutschen Rechtsanschauungen entgegenkam, welche eine Gewere an Rechten anerkannten, insbesondere an solchen öffentlichrechtlicher Natur, wie Vogtei, Gerichtsbarkeit, Regalien, Patronat, Frohnden etc. Man ging soweit, einen Rechtsbesitz bezüglich der Ehe anzuerkennen, d. h. man betrachtete als Besitzart das als Ehe erscheinende Verhältnis.[1] [2]

1) Vgl. Dernburg, Sachenrecht S. 87, Bruns, Recht des Besitzes § 24.

2) „Selbst die Führung eines Wappens, Adelspraedikates, „Doktortitels war Gegenstand des Quasibesitzes. Im Falle „der Untersagung des ferneren Gebrauchs derselben von „Seiten der Verwaltungsbehörde stand dem Betreffenden der

Zur Wiedererlangung des verlorenen Rechtsbesitzes diente die Spolienklage; im Falle der Besitzstörung bediente man sich der possessorium ordinarium später des summariis imum.[1]

Die Spolienklage trat an die Stelle des römischen interdictum unde vi; sie gewährte aber einen weit umfassenderen Schutz als das Interdict. Sie war in ihrer weitesten Ausdehnung in allen Fällen des Rechtsbesitzes zulässig; sie stand nicht nur dem juristischen Besitzer zu, sondern auch dem Detentor, der eine Sache im eigenen Interesse inne hatte (z. B. dem Mieter und dem Pächter). Sie ging nicht nur gegen den Entsetzenden sondern auch gegen den Erben sowie gegen Dritte, welche die spoliierte Sache in Kenntnis des Spoliums erlangten, sei es vom Spolianten selbst, sei es von einem anderen. Zur Begründung des Anspruchs war Gewalt gegen die Person nicht nötig; es genügte die unbefugte Entziehung des Besitzes wider Willen des bisherigen Besitzers. Die Spolienklage verjährte nicht in einem Jahre sondern unterlag der gewöhnlichen dreissigjährigen Verjährung. Ebenso wie beim int. unde vi war die Einrede des fehlerhaften Besitzes unzulässig.[2]

Das possessorium ordinarium, dessen man sich im Falle der Besitzstörung bediente, war eine mittel-

„Rechtsweg offen, und der Richter schützte ihn bis zur aus-
„gemachten Sache in seinem Quasibesitz." Jhering, der Besitz
„in Jherings Jahrbüchern. 32. S. 95.

1) Über Ursprung und Entwicklung dieser Klage vergl. Bruns, Besitzklassen S. 212 ff. und Dernburg, Pandekten S. 48.

2) Vergl. Bruns, a. a. O. S. 250 f., 260 f., Windscheid, a. a. O. S. 732, Dernburg, Sachenrecht S. 75 ff.

alterliche Fortbildung des interdictum uti possidetis. Das Ziel dieser Klage war gleichzeitig gerichtet auf Entscheidung über die Besitzfrage, Verhütung künftiger Störungen und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Die Einrede des fehlerhaften Besitzes war zulässig ebenso wie beim int. uti possidetis.

Im Laufe der Zeit verwandelte sich das possessorium ordinarium in eine Klage aus älterem Besitz und vereinigte nun in sich possessorische und petitorische Elemente.[1] Dazu kam noch, dass auch das possessorium ordinarium entsprechend der Langsamkeit des mittelalterlichen Prozessverfahrens oft ein Menschenalter dauerte (und dabei hatte das possessorium doch den Hauptzweck, den Besitzstand für das nachfolgende petitorium zu regeln!)[2] Deshalb schuf die Praxis eine neue Besitzklage, bei der nur der jüngste Besitz berücksichtigt wurde, nämlich das summariissimum.

Die Entwickelung dieser beiden Klagen und ihr Verhältnis zu einander war lange bestritten. Die Theorie bestimmte den Unterschied dahin, dass im summariissimum über das blosse Factum des gegenwärtigen jüngsten Besitzes gestritten werde, im Ordinarium dagegen über Alter und Rechtmässigkeit. Das sum-

1) Dernburg, Pandekten S. 43; desgl. Sachenrecht S. 79.

2) „Da auch die nur provisorische Entscheidung der „Besitzfrage in dem schleppenden gemeinrechtlichen Prozess-„verfahren, von dem der Satz galt: processus spirant, non ex-„spirant, gewöhnlich viele Jahrzehnte in Anspruch nahm, so „schritt man schliesslich zur Erzeugung eines dritten Schatten-„rechts, des sog. jüngsten Besitzes, über den im summari-„issimum gestritten wurde. Aber auch das letztere verfiel „demselben Prozess-Marasmus — — —." Kuhlenbeck a. a. O. S 475.

mariissimum hatte einen bloss provisorischen Charakter und ordnete vorläufig die Besitzverhältnisse, sei es um Thätlichkeiten vorzubeugen, sei es um in einem Rechtsstreite Sicherheitsmassregeln zu treffen.[1] Mit Einführung der Civilprozessordnung (1879) fand das summariissimum seinen zweckentsprechenden Ersatz durch die einstweilige Verfügung. (§ 940 CPO.).

c) Das bürgerliche Recht.

§ 4.

Gegen die Ausartung des Besitzgedankens im Mittelalter und gegen den exorbitanten Besitzschutz erhob sich bereits im 17. und 18. Jahrhundert eine heftige Opposition, welche unter Savigny und der sog. historischen Schule zu einer kräftigen Reaktion führte und den römischen Rechtsgedanken in ursprünglicher Form wieder zur Geltung brachte.[2]

Die von Savigny gelehrte Besitzestheorie beherrschte bis in die neuere Zeit die gemeinrechtliche Wissenschaft; wie nachhaltig diese Herrschaft war, geht daraus hervor, dass der I. Entwurf eines BGB. noch im wesentlichen die auf Savigny's Lehre beruhende Besitztheorie wiedergiebt.

Den neueren wissenschaftlichen Forschungen, insbesondere den Schriften Jhering's,[3] gelang es jedoch,

1) Bruns, Recht des Besitzes S. 401; Endemann, Sachenrecht, S. 105.

2) Windscheid a. a. O. S. 733.

3) Jhering: Grund des Besitzschutzes, Jherings Jahrb. 9 Besitzwille 1889, der Besitz, Jherings Jahrb. 32.

die Autorität der Savigny'schen Besitzestheorie zu erschüttern und die Unbrauchbarkeit derselben für die praktische Rechtsanwendung nachzuweisen. Der Angriff Jhering's richtete sich vornehmlich gegen die Auffassung des „animus". Während nämlich Savigny bei der Frage, ob juristischer Besitz vorliegt oder nicht, den Willen des Inhabers entscheiden lässt, weist Jhering nach, dass in der Praxis eine derartige subjektive Auffassung des Besitzwillens nicht durchführbar ist, weil weder der Nachweis zu erbringen ist, dass der Inhaber den animus domini hat, noch der Nachweis, dass er den Willen hat, die Sache zwar für sich zu haben, den Besitz aber für einen anderen auszuüben. Nach Jhering's Ansicht ist der Besitzwille stets derselbe, es genügt das Behaltenwollen. Demnach ist jeder Inhaber grundsätzlich juristischer Besitzer, es sei denn, dass ihm eine positive Bestimmung des Rechts durch Versagung des Besitzschutzes eine andere Stellung einräumt.

Der Einwirkung dieser neueren Forschungen ist es zu danken, dass der II. Entwurf des BGB. endgültig mit der Savigny'schen Besitzestheorie gebrochen und das Recht des Besitzes dem Bedürfnisse des praktischen Lebens und der modernen Rechtsentwicklung folgend, auf einer anderen Basis aufgebaut hat.

Nach BGB. ist jeder Besitzer, der die thatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt (§ 854), ohne Rücksicht auf seine Willensrichtung, d. h. gleichviel, ob er das Eigentum eines anderen anerkennt oder nicht. Damit ist die Unterscheidung in juristischen Besitz und blosse Innehabung gefallen.

Nach BGB. haben also auch Niessbraucher, Mieter, Pächter, Beauftragte u. s. w. Besitz. Die Savigny'sche Theorie eines abgeleiteten juristischen Besitzes ist überflüssig geworden, da in Zukunft jeder Besitzer Besitzschutz geniesst.

Es lassen sich nach heutigem Rechte verschiedene Arten des Besitzes unterscheiden: Eigenbesitz, Fremdbesitz, mittelbarer-, unmittelbarer Besitz etc. Auf diese Arten des Besitzes näher einzugehen erscheint hier nicht notwendig.

Grundsätzlich abgelehnt hat das BGB. die Anerkennung eines Rechtsbesitzes, obgleich gegen diese ablehnende Haltung von verschiedenen Seiten heftig angekämpft wurde.[1] [2] Die veränderte Gestaltung des Besitzbegriffes hatte an sich schon eine Einschränkung des ehemaligen Rechtsbesitzes zur notwendigen Folge. Diejenigen Rechte nämlich, die ohne den Besitz der Sache nicht ausgeübt werden können, geniessen nach heutigem Rechte unmittelbaren Sachbesitzschutz. Hierher gehören insbesondere der Niessbrauch und das Erbbaurecht. Ein Rechtsbesitz konnte demnach nur noch bei den Grunddienstbarkeiten und bei den beschränkten

1) So meint z. B. Gierke (Entwurf S. 297), unserer deutschen Rechtsentwicklung und der in den neueren Gesetzbüchern durchgedrungenen und im Volke lebendigen Anschauungsweise widerspreche diese radicale Neuerung auf das schroffste.

2) Übrigens unterliegt eine grosse Anzahl von Rechten nach wie vor den Landesgesetzen, und der Besitz dieser Rechte wird da, wo er bisher bestand, auch in Zukunft anerkannt bleiben. Dabei gehören die dem Wasserrechte angehörigen Rechte, ferner die Zwangsrechte, Bannrechte, Rechte auf Kirchstühle und Erbbegräbnisse etc. (Art. 65, 74, 133 EG.).

persönlichen Dienstbarkeiten in Frage kommen. Aber auch für diese Rechte wollte man einen Rechtsbesitz nicht zulassen, weil man annahm,[1] die blosse Ausübung dieser Rechte sei nicht im Stande, den zum Besitzbegriff erforderlichen sicher erkennbaren thatsächlichen Zustand herzustellen; sodann erwog man, dass die Zulassung eines Rechtsbesitzes als Grundlage für den Erwerb der Dienstbarkeit durch Ersitzung oder für die Aufhebung derselben durch usucapio libertatis mit dem Eintragungsprinzipe in Widerspruch stehen würde, weil in Zukunft Rechte an Grundstücken nur durch Eintragung derselben im Grundbuche entstehen und durch Löschung im Grundbuche endigen sollen.

Wenn man nun auch einen Rechtsbesitz prinzipiell ablehnte, so konnte man sich doch nicht der Erkenntnis verschliessen, dass ein Bedürfnis vorlag, die Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten in ihrer Ausübung quasi possessiorisch zu schützen. Es sprach dafür[2] „die gleichmässige „Gewährung des Schutzes im bisherigen Rechte und „die Erwägung, dass sonst bei allen Konflikten des „Servitutberechtigten mit anderen Personen die Aus„übung der Servitut Unterbrechungen zu erleiden „haben und der wirtschaftliche Wert des Grundstücks „durch diese Gefahr gemindert werden würde."
Aus diesen Gründen dehnte man den possessorischen Schutz auf die Grunddienstbarkeiten sowie auf die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten aus. So hat

1) Motive III S. 477, 489; Protokolle III S. 291 ff.
2) Motive III S. 489.

Jhering im allgemeinen Recht behalten, wenn er im Hinblick auf den Entwurf eines BGB. sagte:[1]

„Dass die Rechtsprechung einer kommenden Zeit „den Rechtsbesitz jemals gänzlich aufheben sollte, „halte ich für ausgeschlossen, dazu ist er ein zu ge„sunder; für die Gesetzgebung kann es sich nur „darum handeln, ihm die richtigen Grenzen an„zuweisen. Ob sie sich dabei des Namens Rechts„besitz bedienen will oder nicht, ist gleichgültig;[2] „der Jurist wird wissen, wie er es zu beurteilen hat, „wenn das Gesetz einen thatsächlichen Zustand, dessen „Rechtmässigkeit noch nicht erwiesen ist, vorläufig „schützt — sachlich werden Sach- und Rechts„besitz sich stets behaupten, auf den Namen kommt „es nicht an."

Jhering ist der Ansicht, die Bezeichnung Rechtsbesitz sei gleichgültig, und er betont als das eigentlich wesentliche den Schutz eines thatsächlichen Zustandes.

Jedenfalls ist es zweckentsprechend — zumal auch im Hinblick auf unser heutiges Recht, — davon abzusehen, den Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und

1) Jhering, der Besitz S. 96.

2) Es ist interessant, zu sehen, wie ängstlich das Gesetz es vermeidet, von Servituten „besitz" zu sprechen, und andererseits zu beobachten, wie sorgfältig die Sprache gehandhabt wird. Art. 191 EG. Abs. 1 lässt die bisherigen Gesetze in Bezug auf den Schutz der Grunddienstbarkeiten bestehen und spricht in Anlehnung an den Sprachgebrauch des alten Rechts vom Besitz einer Dienstbarkeit. Abs. 2 gewährt den nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten auch nach Einführung des BGB. in gewissen Fällen Besitzschutz und spricht darum dem Sprachgebrauch des BGB. entsprechend von einem Schutze in Ausübung einer Grunddienstbarkeit. Vergl. Habicht, Einwirkungen S. 368.

bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten aus dem irreführenden Begriffe eines „Rechtsbesitzes“ abzuleiten; wir konnen den Besitzschutz bei diesen Rechten ohne Zwang als eine Folge des dem Sachbesitze allgemein gewährten Besitzschutzes ansehen.

Der Rechtsbesitz ist nämlich seiner innersten Natur nach ein Sachbesitz. Er bezweckt ebenso wie dieser die thatsächliche Willensherrschaft über eine Sache, nur nicht in allen sondern in einzelnen ihrer Beziehungen.[1]

Kniep[2] führt diesen Gedanken in anschaulicher Weise aus, indem er sagt: „Ich kann eine Sache in „der Weise besitzen, dass ausser mir kein anderer „in Betracht kommt. Dann habe ich den alleinigen „Vollbesitz der Sache. Oder es kommt ausser mir „noch ein anderer in Betracht. Dies ist wieder in „verschiedener Weise möglich: der andere benimmt „sich genau so, wie ich selber, in Bezug auf die „ganze Sache, er ist Mitbesitzer im engeren Sinne, „BGB. § 866; oder der andere beschränkt sich „ebenso wie ich auf einen reellen Teil, dann liegt „Teilbesitz vor, BGB. § 865; oder der andere ver„folgt nur ganz bestimmt abgegrenzte Zwecke, sei „es in Bezug auf die ganze Sache oder einen Teil „derselben. (Hauptbesitz — Nebenbesitz). Der „Nebenbesitz an Grundstücken ist ein Sichbefinden „auf einem anderen Grundstücke neben dem Haupt„besitzer, aber nicht für diesen.“

Demnach werden wir jedem, der zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit oder beschränkten persönlichen

1) Windscheid a. a. O. S. 662; Schönemann a. a. O. S. 154.

2) Kniep a. a. O. S. 1 f.

Dienstbarkeit berechtigt ist, den Besitz und zwar den Nebenbesitz an dem dienenden Grundstück zugestehen.

Dieser Nebenbesitz ist an sich schutzlos; er wird zu einem rechtlich geschützten, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, an die das Gesetz die Geltendmachung des Besitzschutzes knüpft. Diese Voraussetzungen, insbesondere das Erfordernis der Eintragung der Dienstbarkeit in das Grundbuch, haben bewirkt, dass die Ansichten über den Wert des Schutzes weit auseinandergehen. Es mag dies aus einer Gegenüberstellung der Urteile Gierke's und Kohler's erhellen. Gierke[1] äussert sich folgendermassen: „Dieses in sich unklare, halbe und unzureichende „Institut, zu dessen Ausbau Doktrin und Praxis auf„gefordert werden, würde zwar der Zukunftsjurisprudenz „einen unerschöpflichen Stoff zu gelehrten Erörterungen „und Kontroversen bieten, dem Rechtsbewusstsein „des Volkes aber, das an die Festigkeit und Schutz„würdigkeit der Besitzverhältnisse glaubt, in keiner „Weise Genüge leisten." Demgegenüber sagt Kohler,[2] besonders im Hinblick auf das Erfordernis der Eintragung im Grundbuch als Voraussetzung des Besitzschutzes: „Im Gegenteil: die Bestimmung ist „die reife Frucht der Lebensbeobachtung, die sich „von selbst aufdrängen musste, als man sich aus „jenen Besitzzuständen erhob, welche das Nachbar„recht mit einer Saat von Streitigkeiten und Prozessen „übersäten."

1) Gierke, Entwurf S. 358.
2) Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht S. 279.

Wir werden im folgenden die Voraussetzungen und die Wirkungen des Besitzschutzes bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten auf Grundlage des BGB. näher erörtern und im Anschlusse daran auch die Frage nach dem praktischen Werte dieses Schutzes beantworten.

II. Der Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten im Bürgerlichen Recht.

a) Voraussetzungen des Schutzes:

1. Eintragung im Grundbuch.

§ 5.

Das BGB. vermeidet es, vom „Besitze" einer Grunddienstbarkeit zu sprechen; dennoch gewährt es dem, der in Ausübung der Grunddienstbarkeit gestört wird, denselben Schutz, der bei Störung des Sachbesitzes Anwendung findet (§ 1029). Es wird also der Zustand der Ausübung einer Grunddienstbarkeit dem Sachbesitze als analog gegenübergestellt, wenn er auch durchaus nicht als gleichwertig anzusehen ist. Denn während der Sachbesitz die totale thatsächliche Herrschaft über die Sache in sich schliesst und einen dauernden Zustand hervorruft, gestaltet sich die Servitutenausübung je nach dem Inhalte verschieden, und da sie in partiellen, mitunter zeitlich unterbrochenen Ausübungshandlungen hervortritt, so hat sie einen ähnlich dauernden Zustand im allgemeinen nicht zur Voraussetzung.[1] Man glaubte daher, den Besitzschutz

1) Es ist dies der Gedankengang der Motive, vergl. Motive III S. 490.

nur dann ohne Bedenken auf die Grunddienstbarkeiten übertragen zu können, wenn er von mehreren erschwerenden Bedingungen abhängig gemacht wurde. Besonders hielt man an dem Erfordernis der Eintragung im Grundbuche fest, damit dadurch das Recht dringend wahrscheinlich gemacht würde.[1] Nur so glaubte man eine genügende Garantie zu schaffen gegen missbräuchliche Anwendung des Besitzschutzes, insbesondere des Selbsthülferechts.

Es erscheint zweckmässig, hier im Zusammenhange kurz die Gründe zu streifen, welche überhaupt dazu führten, die Grunddienstbarkeiten dem Eintragungszwange zu unterwerfen, handelte es sich doch um eine grundlegende, vielfach angegriffene[2] Neuerung unseres Gesetzbuchs.

Die leitenden Gesichtspunkte waren etwa folgende: Für die Eintragung sprachen sämmtliche Gründe, die überhaupt für die Eintragung von Rechten an Grundstücken massgebend waren, insbesondere also die

1) Die Zweckmässigkeit dieser Bestimmung leuchtet besonders bei den negativen Servituten ein. Nehmen wir an, mein Nachbar nehme für sich die serv. altius non tollendi in Anspruch, ohne im Grundbuch eingetragen zu sein. Ich errichte nun auf meinem Grundstück eine Mauer: dann kann der Fall leicht eintreten, dass mein Nachbar mir die Mauer auf Grund seines Sieges im possessorium niederreisst und ich sie erst wieder aufbauen kann, nachdem ich im petitorium gesiegt habe. Vergl. auch Kohler a. a. O. S. 280.

2) Gierke (Entwurf S. 356) nennt es eine „unerträgliche Überspannung des Grundbuchformalismus", dass es keine nicht eingetragenen Dienstbarkeiten, keinen Rechtsbesitz, keine Ersitzung einer Dienstbarkeit mehr geben solle. Fischer (Vorträge S. 49) sieht in dem Erfordernis der Eintragung als Vorausseztung des Besitzschutzes eine soziale Gefahr.

Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs, welche dadurch erhöht wird, dass der Rechtsstand des Grundstücks jederzeit aus dem Grundbuche ersichtlich ist. Sodann erschien es wünschenswert, die Entstehung der Grunddienstbarkeit an eine erschwerende Form zu knüpfen, „damit den Parteien die Thatsache zum Bewusstsein komme, dass das Grundstück belastet „werde. Auch liege es im Interesse der Land„wirtschaft, alle Hemmnisse zu beseitigen, welche die „intensive Ausnutzung des Bodens hindern, weil man „auf diesem Wege zu einer Erhöhung des nationalen „Wohlstands gelange."[1]

Wenn endlich Grunddienstbarkeiten nur noch durch Eintragung entstehen können, so ist die Ersitzung derselben ausgeschlossen. Dies erschien als ein wünschenswertes Ergebnis, „weil in Zukunft Servi„tuten nicht mehr, wie es in der Vergangenheit häufig „geschehen ist, infolge nachbarlicher Duldung durch „eine fortgesetzte Vornahme unberechtigter Hand„lungen erschlichen werden können."

Diese Gründe waren bei den Kommissionsberatungen massgebend für die Ausdehnung der Eintragungspflicht auf die Grunddienstbarkeiten, obgleich man sich keineswegs verhehlte, dass auch sehr gewichtige Gründe gegen die Eintragung sprachen.

Wenn es nämlich auch wünschenswert erschien die Entstehung der Grunddienstbarkeiten an die erschwerende Form der Eintragung zu knüpfen, so war doch zu bedenken, dass dadurch auch die Abänderung resp. Aufhebung wesentlich erschwert würde

1) Protokolle III S. 298.

(jedenfalls ist doch z. B. im Falle der Aufhebung eine diesbezügliche Erklärung des Berechtigten und Löschung erforderlich). Am meisten Schwierigkeiten bereitete aber die Frage, wie man mit den bestehenden Dienstbarkeiten verfahren solle, denn man sah wohl ein, dass man in Bezug auf diese schonend und vorsichtig zu Werke gehen müsse. Eine zu schnelle Ausdehnung des Eintragungszwanges hätte, da ja bisher die meisten Dienstbarkeiten auf Ersitzung beruhten und die Voraussetzungen einer solchen oft schwer nachzuweisen sind, Hader und Zwist unter den Nachbarn und endlose Prozesse hervorgerufen. Andererseits konnte man auf die Eintragung der bestehenden Grunddienstbarkeiten nicht völlig verzichten, weil sonst das Prinzip durchbrochen worden wäre. Wie diese heikle Frage gelöst worden ist, werden wir weiter unten sehen.

Wie bereits oben erwähnt, glaubte man die Erfordnis der Eintragung der Grunddienstbarkeit im Grundbuche insbesondere auch als Voraussetzung des zu gewährenden Besitzschutzes aufstellen zu müssen. In einigen Fällen hätte man allerdings von diesem Erfordernis absehen können. Da nämlich, wo die Ausübung der Dienstbarkeit sich als Teilbesitz am belasteten Grundstück oder als ein auf das Nachbargrundstück hinüberragender Sachbesitz (projectum sive immisum habere) darstellt, z. B. Überbau, wird Sachbesitzschutz stets unmittelbar angewandt werden können, also auch dann, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuche nicht eingetragen ist.[1] Es entspricht dies den oben behandelten Fällen, in denen das römische Recht

1) Vergl. Biermann S. 236.

die mit einem Haben verbundenen Urbanalservituten unmittelbar possessorisch schützte, weil ja jeder Eingriff in den Rechtsbesitz zugleich Störung des Sachbesitzes war. Deswegen wurde auch in den Motiven zum BGB.[1] die Frage aufgeworfen, ob man nicht in diesen Fällen vom Eintragungszwange absehen solle; im Interesse der Einheitlichkeit des quasi-possessorischen Schutzes glaubte man jedoch eine Ausnahme nicht zulassen zu dürfen. Es kann ja auch für den Erfolg gleichgültig sein, ob in den genannten Fällen der Sachbesitzschutz unmittelbar Anwendung findet oder ob er sich erst auf dem Umwege des § 1029 ergiebt.

Von grösserer Bedeutung war der bei den Kommissionsberatungen[2] gestellte Antrag, bei den apparenten[3] Servituten vom Eintragungszwange abzusehen und ihnen unmittelbaren possessorischen Schutz zu gewähren. Es wurde dafür geltend gemacht, dass in dem Halten der Anlage auf dem fremden Grundstücke ein den Besitz verkörperndes äusseres Verhältnis vorliege; die mit der Eintragung bezweckte Publizität des Rechts sei hier schon durch die Anlage gegeben. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, weil dadurch das Eintragsprinzip völlig durchbrochen worden wäre. Man glaubte auch, der Begriff der apparenten Servituten sei wegen seiner Unbestimmtheit praktisch nicht verwendbar und es seien Zweifel über die Tragweite dieses Begriffs vorhanden.

1) Motive III S. 490.

2) Protokolle III S. 292 ff.

3) Das sind solche Servituten, welche mit dem Halten einer dauernden Anlage verbunden sind.

Man hat daher den apparenten Servituten den unmittelbaren Besitzschutz nicht gewährt; damit ist aber nicht gesagt, dass auch die Anlage, welche zwecks Ausübung einer Servitut gehalten wird, immer des Besitzschutzes entbehrt. Wenn nämlich jemand in Ausübung seiner Servitut im Besitze einer Anlage auf dem dienenden Grundstück ist, dann ist er in diesem Sachbesitze geschützt wie jeder andere Besitzer,[1] also unabhängig von der Eintragung im Grundbuch. Er kann seinen Besitz sowohl selber gegen Angriffe verteidigen als auch die Hülfe des Gerichts in Anspruch nehmen. Machen wir uns dies an einem Beispiel klar. Angenommen, mir stehe eine Weideservitut zu; in Ausübung dieser Servitut habe ich nun auf dem Weideplatze eine Schutzhütte für das Vieh errichtet, welche in meinem Besitze steht, so bin ich im Besitze dieser Hütte geschützt wie jeder Sachbesitzer; die Weideservitut als solche, das heisst das Recht, auf des Nachbars Grundstück das Vieh zu weiden, geniesst jedoch nur dann Besitzschutz, wenn dieselbe im Grundbuch eingetragen ist.

So hat man als erstes Erfordernis eines Besitzschutzes bei Grunddienstbarkeiten die Eintragung derselben im Grundbuche geschaffen; man hat dieses Erfordernis sogar in rigoroser Weise durchgeführt, indem jemand, der zu Unrecht im Grundbuche gelöscht ist, des quasipossessorischen Schutzes entbehrt, selbst wenn die fortdauernde Ausübung noch so deutlich, insbesondere in dem ferneren Halten von Anlagen hervortritt. Die Motive[2] mögen Recht haben, wenn sie

1) Windscheid a. a. O. S. 749.
2) Motive III S. 491.

meinen, es liege kein Bedürfnis vor, für derartige seltene Fälle die Voraussetzungen des quasipossessorischen Schutzes zu ermässigen. Auf der anderen Seite ist aber zu betonen, dass auch die blosse Eintragung im Grundbuche genügt, ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe rechtlich begründet ist oder nicht. Wenn für jemand ein Recht im Grundbuche eingetragen ist, dann wird eben vermutet, dass ihm das Recht zusteht. (§ 891 Abs. 1).

2. Besitz des herrschenden Grundstücks.

§ 6.

Nur derjenige kann den Besitzschutz geltend machen, der im Besitz des herrschenden Grundstücks ist. Wir müssen den Besitz, der hier geschützt werden soll, im allerweitesten Sinne annehmen. Jedes thatsächliche Herrschaftsverhältnis über das herrschende Grundstück wird genügen, um die Grunddienstbarkeit geltend machen zu können und sie zu schützen, immer natürlich unter der Voraussetzung, dass die Dienstbarkeit für den Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Nicht blos Eigenbesitz, sondern auch Fremdbesitz genügt, mag er Nutzbesitz oder Verwaltungsbesitz sein. Geschützt ist also vor allem auch Niessbraucher und Pächter des herrschenden Grundstücks.[1] Es sind aber zwei Ausnahmen zu merken: Der Besitzdiener,[2] obgleich er die thatsächliche Gewalt über die Sache

1) Dernburg, Sachenrecht S. 498, Endemann, Sachenrecht S. 177.

2) Ausdruck von Bekker; Dernburg sagt Besitzgehülfe; Endemann Besitzhalter; Cosack Inhaber.

ausübt, hat nach § 860 nur das Recht des Selbstschutzes, nicht aber das Recht, die Besitzklagen anzustellen; der mittelbare Besitzer dagegen, der nach § 868 auch als Besitzer anzusehen ist, darf zwar die Besitzklagen anstellen, aber ihm fehlt das Recht des Selbstschutzes aus § 859.[1]

Besitzdiener ist, wer die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat (§ 855). Als Besitzdiener erscheint also jeder, der hinsichtlich der Ausübung der Herrschaft über eine Sache zu einem anderen in einem „äusserlich erkennbaren Abhängigkeitsverhältnis steht.[2] Besitzdiener sind also z. B. der Gutsinspektor, Dienstboten, Arbeiter etc; ferner auch die Hauskinder, Verwandte und sonstige Hauszugehörige z. B. auch gute Freunde. Der Besitzdiener hat, wie oben erwähnt, das Recht des Selbstschutzes, aber nicht das Recht, die Besitzklagen anzustellen (§ 860) Er darf also in Ausühung einer Wegeservitut einen den Weg versperrenden Zaun mit Gewalt entfernen, dagegen kann er nicht auf Beseitigung des Zaunes klagen. Aber man kann beim Besitzdiener nicht eigentlich von einem Recht zur Selbsthülfe sprechen, denn er übt ein fremdes Selbsthülferecht aus. Daraus ergiebt sich, dass ihm der unmittelbare Besitzer die Geltendmachung des Selbsthülferechts verbieten kann; ferner, das er

1) Dies wird jedoch bestritten. Vergl. Näheres darüber unten S. 52 f.

2) Dernburg, Sachenrecht S. 49.

diesem gegenüber kein Recht zur Selbsthülfe hat, wohl aber dieser gegen ihn.

Mittelbarer Besitzer ist derjenige, der eine Sache einem anderen als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis überlassen hat (§ 868). Der mittelbare Besitz hat also stets den unmittelbaren eines anderen zur Voraussetzung. Der mittelbare Besitzer geniesst nicht alle rechtlichen Vorteile des Besitzes. Dem unmittelbaren Besitzer gegenüber steht ihm überhaupt kein Besitzschutz zu. Ein Eingriff in den Besitz des unmittelbaren Besitzers würde also verbotene Eigenmacht sein und diesen zur Abwehr berechtigen.[1] Dritten gegenüber hat er das Recht der Besitzklage, aber nicht das Recht des Selbstschutzes, das § 859 gewährt, sondern nur das allgemeine Selbstschutzrecht aus §§ 227, 229. Jedoch gehen hierüber die Ansichten auseinander.[2]

3. Einmalige Ausübung der Dienstbarkeit im letzten Jahre.

§ 7.

Der Besitzer eines Grundstücks, der in Ausübung einer Grunddienstbarkeit gestört wird, kann das Recht des Besitzschutzes nur dann geltend machen, wenn

1) Anders nach römischem Rechte. Hier konnte der Vermieter oder Verpächter den Mieter oder Pächter, der ja nicht juristisch Besitzer, sondern bloss detentor war, jederzeit des Gewahrsams der Miet- oder Pachtsache entsetzen Vergl. Dernburg, Sachenrecht, S. 73

2) Näheres siehe S. 52 f.

die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist (§ 1029). Das Erfordernis der einmaligen Ausübungshandlung ist eine weitere bedeutsame Einschränkung des Besitzschutzes. Jeder, der es im letzten Jahre versäumt hat, einmal seine Dienstbarkeit auszuüben, verliert dadurch das Recht des Besitzschutzes. Besonders bei den unständigen Servituten wird ein solcher Fall leicht eintreten können.

Diese Vorschrift der einmaligen Ausübung kann unter Umständen recht hart erscheinen, aber sie war notwendig. Ihr lag der Gedanke zu Grunde, dass durch die Ausübung der Dienstbarkeit ein dem Sachbesitze analoger Zustand hergestellt werden solle. Bei den Servituten, deren Ausübung sich in dem Halten einer dauernden Anlage verkörpert, war ein dem Sachbesitze analoger Zustand bereits vorhanden und es war nur zu verlangen, dass dieser Zustand zu irgend einer Zeit des letzten Jahres bestanden habe. Um nun aber bei den anderen Servituten eine Kontrolle dafür zu haben, dass dieselben auch thatsächlich ausgeübt worden seien und dass dadurch ein dem Sachbesitze entsprechender Zustand hergestellt sei, erschien eine positive Vorschrift für zweckmässig, und diese liegt darin, dass eine einmalige Ausübung der Servitut im letzten Jahre zur Begründung des Besitzes erforderlich und genügend sei. Es mag auffallend erscheinen, dass man sich mit einer einmaligen Ausübungshandlung bei allen Servituten begnügte, z. B. bei den Wegeservituten, die doch im Laufe des Jahres sehr häufig ausgeübt zu werden pflegen. Der Grund ist der, dass man bei der

unendlichen Mannigfaltigkeit der Servituten davon abstehen musste, für die einzelnen Kategorien besondere Normen aufzustellen. Man suchte alle Grunddienstbarkeiten unter eine einheitliche Schablone zu pressen, und das Erfordernis der einmaligen Ausübung durfte man darum nicht überschreiten, weil ja das Bedürfnis nach Ausübung der einzelnen Servituten zu den verschiedenen Zeiten verschieden stark hervortreten kann. Übrigens ist auch zu bedenken, dass es sich in jedem Falle um einen durch die Eintragung konstatierten „Tabularbesitz" handelt.[1]

Die Art und Weise der Ausübung ist natürlich bei den einzelnen Dienstbarkeiten verschieden. Bei servitutes faciendi, d. h. also solchen Dienstbarkeiten, welche zur Vornahme von Handlungen berechtigen, geschieht die Ausübung durch facere. Jedoch wird man dann nicht von Ausübung der Dienstbarkeit sprechen können, wenn die Handlung durch besondere Erlaubnis des Nachbars ermöglicht wurde. Auch muss die Ausübungshandlung offen und unzweideutig vorgenommen werden, und nicht etwa im Schutze der Nacht.[2] Nicht nötig ist es, dass die Handlung zur Besitzzeit des jetzigen Besitzers vorgenommen worden ist, ebensowenig ist zu verlangen, dass der Besitzer des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit in eigener Person ausgeübt hat. Es genügt z. B., wenn irgend jemand, der mit dem „fundus dominans in Connex"[2] steht (Dienstboten, Besuch etc.) den Weg als einen dem herrschenden

1) Kohler a. a. O. S. 241; Planck III S. 322; Windscheid a. a. O S. 747.

2) Kohler a. a. O. S. 244.

Grundstücke zustehenden benutzt. Dies galt schon nach römischem Recht.

Weniger einfach ist die Frage zu beantworten, wann man bei negativen Servituten von Ausübung der Dienstbarkeit sprechen kann. Wenn ich z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit habe, so fragt es sich, ob schon dadurch ein Besitz für mich begründet wird, dass der entsprechende Zustand besteht in Verbindung mit meinem Willen, die Aussicht zu geniessen, oder ob noch andere Voraussetzungen vorliegen müssen. Nach römischem und gemeinem Rechte verlangte man einen erkennbaren Kausalzusammenhang zwischen diesem Zustande und dem Willen des Besitzers des herrschenden Grundstücks. Ein solches Kausalitätsverhältnis war beispielsweise dann vorhanden, wenn der Besitzer des herrschenden Grundstücks mit Erfolg ein gegen ein Zuwiderhandeln gerichtetes Verbot erlassen hatte.[1]

Nach heutigem Rechte werden wir bei negativen Servituten nicht verlangen, dass ein derartiges Verbot im letzten Jahre — als äusseres Hervortreten des auf Ausübung der Servitut gerichteten Willens — ergangen ist, um davon die Zulassung des quasi-possessorischen Schutzes abhängig zu machen. Staudinger[2] hat offenbar unrecht, wenn er annimmt, dass durch das Gebot einer Ausübungshandlung der Besitzschutz in der Hauptsache auf die affirmativen Servituten beschränkt werde. Er beruft sich dabei auf Seuffert's Archiv XXXII No. 114 und Dernburgs Pandekten I § 257 Anm. 21.

1) Vergl. Kuhlenbeck, a. a. O. S. 585.
2) Staudinger, Sachenrecht S. 157.

Dernburg äussert sich am angegebenen Orte folgendermassen: „Der Besitz negativer Servituten „verlangt einen erkennbaren Kausalzusammenhang „zwischen dem Bestehen des betreffenden Zustands „und dem Willen des Eigentümers des herrschenden „Grundstücks. Dies Kausalitätsverhältnis kann „durch ein Verbot des Eigentümers des herrschenden „Grundstücks hergestellt werden, dem sich der „andere Teil fügt oder auch durch einen Vertrag, „welcher den Zustand sichern will". Ein solcher Vertrag ist nun aber in der Eintragung im Grundbuch enthalten, denn dieselbe hat stets einen Vertrag zur Voraussetzung. Demnach wird eine negative Servitut im Sinne des BGB. schon dann ausgeübt, wenn der Zustand, den sie bezweckt, unangefochten besteht. Diese Darlegung entspricht der allgemeinen herrschenden Ansicht. So äussert sich z. B. Biermann:[1] „Besteht „die Servitut darin, dass auf dem belasteten Grundstück „gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden „dürfen, so liegt die Ausübung bereits in der nicht „Vornahme dieser Handlungen. Ein Verbot des Be„sitzers des herrschenden Grundstücks und ein dem„entsprechendes Sichfügen des Eigentümers des „belasteten Grundstücks ist nicht erforderlich. Denn „ein Verbot liegt bereits in der Eintragung im „Grundbuch".

Im Zusammenhange mit der Besprechung der Ausübung der Servituten ist die Frage nach dem

1) Biermannn, Sachenrecht S. 235 f.; vergl. auch Windscheid a. a. O. S. 747; Planck III S. 322; Kohler a. a O. S. 245; Kuhlenbeck a. a. O. S. 586; Männer, Recht der Grundstücke S. 212 etc.

„animus juris exercendi" von besonderem Interesse, und zwar in doppelter Hinsicht. Einmal bei den servitutes faciendi und habendi. Hier fragen wir, ob der Servitut b e r e c h t i g t e sich dessen bewusst sein muss, dass er eine Servitut ausübt. Zum anderen bei den servitutes prohibendi. Hier fragt es sich, ob der B e l a s t e t e sich dessen bewusst sein muss, dass er eine Handlung unterlässt, weil eine diese Handlung verbietende Servitut besteht.

Was zunächst den letzteren Fall anbetrifft, so wird man eine innere Kausalität zwischen Unterlassen und Verbot niemals verlangen können und man wird sich mit einem äusseren Zusammentreffen begnügen müssen. Die Gründe aus denen mein Nachbar die kraft des mir zustehenden Servitutenrechts verbotenen Handlungen unterlässt, können mir ganz gleichgültig sein. Aus dem Grundbuche ergiebt sich das Verbot, und so lange mein Nachbar das Verbotene nicht thut, bin ich im Besitz.

Nicht so einfach gestaltet sich die Beantwortung der anderen Frage, ob der B e r e c h t i g t e sich dessen bewusst sein muss, eine Servitut auszuüben. Im gemeinen Rechte bereitete diese Frage grosse Schwierigkeiten; und in der That kann man ja auch nicht von Ausübung eines Rechts sprechen, wenn der Ausübende garnicht die Absicht hat, als ein Berechtigter zu handeln. Die herrschende Auffassung bejaht daher die Notwendigkeit des animus juris exercendi für das gemeine Recht. K o h l e r[1] steht auf dem entgegengesetzten Standpunkte schon bezüglich des gemeinen

1) Kohler a. a. O. S. 243.

Rechts; vollends unhaltbar ist es aber nach seiner Ansicht,[1] das Erfordernis des animus juris exercendi nach heutigem Rechte aufrechtzuerhalten, da es sich ja heute um einen „Tabularbesitz" handelt, bei dem das äussere Zusammentreffen zwischen Thätigkeit und Servituteintrag allein massgebend sein kann. Kipp[2] stellt sich auf einen ähnlichen Standpunkt, indem er meint, die Frage nach dem animus juris exercendi könne vom Standpunkte des BGB. wohl weniger Schwierigkeiten hervorrufen als im gemeinen Recht, da die Handlung Ausübung eines eigetragenen Rechts sein und eine der Eintragung entsprechende Handlungsweise regelmässig als vom animus juris exercendi getragen angesehen werden müsse.

Noch an einer anderen Stelle des BGB. spielt die Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Rolle. Es handelt sich um den Fall des § 900 Abs. 2. Es wird hier von Rechten gesprochen, deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt wird (es sind also die Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gemeint), und auch hier werden an den Zustand der Ausübung der Dienstbarkeit rechtliche Folgen geknüpft.

Da § 900 nicht näher darauf eingeht, was unter „Ausübung" im Sinne dieses Paragraphen zu verstehen ist, sondern nur einen Hinweis auf § 1029 enthält, so werden wir im allgemeinen dieselben Grundsätze zur Anwendung bringen können, die wir soeben im Hinblick auf § 1029 entwickelt haben. Dennoch

1) Kohlers Ansicht dürfte wohl die richtige sein.
2) In Windscheids Pandekten S. 747.

ergeben sich einige Besonderheiten, die wir wegen der nahen Berührung mit unserem Thema kurz besprechen wollen.

§ 900 regelt die sog. Tabularersitzung. Es wird hier demjenigen, der als Eigentümer im Grundbuche eingetragen ist, ohne Eigentümer zu sein, die Ersitzung des Grundstücks ermöglicht. Die Ersitzung ist vollendet, wenn die Eintragung 30 Jahre lang bestanden hat und der Ersitzende während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat. Diese Verschriften werden in Abs. 2 auf diejenigen Rechte ausgedehnt, deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist.

Der Besitz dieser Rechte (insbes. also der Grunddienstbarkeiten) wird nach § 1029 durch einmalige fehlerfreie Ausübung erworben und eine Ausübungshandlung in jedem Jahre macht den Ausübenden zum kontinuierlichen Besitzer. Da nun zur Ersitzung dreissigjähriger ununterbrochener Eigenbesitz gehört, so würde grundsätzlich nötig sein, dass die Servitut in jedem der 30 Jahre mindestens einmal ausgeübt worden ist. Dem Besitzer würde allerdings, da, wie aus § 900 Abs. 1 unzweifelhaft hervorgeht, die Grundsätze über die Ersitzung beweglicher Sachen zur Anwendung kommen sollen, der § 940 zu Gute kommen, wonach eine Unterbrechung nicht als erfolgt gilt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat.

Immerhin dürfte es dem Ersitzer sehr schwer fallen, den Nachweis zu führen, dass er in jedem der 30 Jahre die Servitut mindestens einmal jährlich ausgeübt habe; besonders schwer, ja unmöglich wäre dieser Beweis bei den unständigen Servituten.

Es erscheint jedoch nicht erforderlich, diese strengen Anforderungen, die Biermann in seinem Kommentar[1] mit Rücksicht auf § 1029 vertritt, aufrecht zu erhalten. Es wird zweckentsprechender sein, wenn wir mit Männer und Planck[2] annehmen, dass der Nachweis der Ausübung zu Anfang und zu Ende der Frist genügt. Denn da die Grundsätze über die Ersitzung beweglicher Sachen entsprechend angewendet werden sollen, so steht nichts im Wege, § 938 zur Anwendung zu bringen. Dieser Paragraph spricht die Vermutung aus, dass, wenn jemand eine Sache am Anfange und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt hat, sein Eigenbesitz auch während der Zwischenzeit bestanden habe. Dementsprechend genügt der Nachweis einer je einmaligen Ausübungshandlung am Anfang und am Ende der Ersitzungsfrist. Da § 938 nur eine Vermutung aufstellt, so kann jederzeit der Gegenbeweis geführt werden. Dies geschieht durch den Nachweis, dass ein Jahr lang die Dienstbarkeit nicht ausgeübt worden ist, denn dadurch tritt ja nach § 1029 eine Unterbrechung des Besitzstandes ein. Dem Ersitzer erwächst aus dieser Umkehrung der Beweislast immerhin ein ganz bedeutender Vorteil.

1) Biermann S. 96.
2) Männer, Recht der Grundstücke S. 63; Planck III S. 125.

4. Störung in Ausübung der Dienstbarkeit.

§ 8.

Nur derjenige kann den Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten geltend machen, der in Ausübung der Dienstbarkeit gestört worden ist. Wann eine zum Besitzschutz berechtigende Störung vorliegt, entscheidet sich nach § 858. Abs. 1 lautet: „Wer dem Besitzer „ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn „im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz „die Entziehung oder Störung gestattet, widerrechtlich „(verbotene Eigenmacht)". Dieser Absatz hat eine zweifache Bedeutung;[1] einmal giebt er eine Definition der verbotenen Eigenmacht; zum anderen enthält er ein den Schutz des Besitzers bezweckendes Gesetz. Schuldhafter Verstoss gegen dieses Gesetz verpflichtet daher nach § 823 Abs. 2 zum Schadensersatz.

Die verbotene Eigenmacht kann sich äussern in Entziehung oder Störung des Besitzes. Verbotene Eigenmacht ist vorhanden, wenn die Entziehung oder Störung wider Willen des Besitzers geschieht, aber dann nicht, wenn das Gesetz die Entziehung oder Störung ausnahmsweise zulässt. In Betracht kommen hier namentlich die Vorschriften über die Zulässigkeit der Selbstverteidigung und der Selbsthülfe.

Möglicherweise liegt aber auch schon deswegen keine verbotene Eigenmacht vor, weil der durch einmalige fehlerfreie Ausübung erworbene Quasibesitz vor Ablauf eines Jahres wieder aufgegeben worden ist.[2]

1) Planck III S. 42.
2) Motive III S. 491 ff.

Die Motive sind der Ansicht, bei analoger Anwendung der Vorschriften über Entziehung und Aufgebung des Besitzes sei es leicht, eine richtige Entscheidung darüber zu treffen, wann der erworbene Quasibesitz noch vor Jahresfrist endige. Unseres Erachtens ist es durchaus nicht leicht, eine derartige Entscheidung zu treffen. Wenn ich z. B. das Recht habe, um mich gegen die Sonnenstrahlen zu schützen, eine Marquise auszuspannen, die auf das Grundstück meines Nachbars hinüberragt, und wenn ich diese Marquise abgenommen habe, wer will mir dann beweisen, dass ich dies gethan habe, um meinen Quasibesitz aufzugeben und dass ich die Marquise nicht vielmehr fortgenommen habe, um sie reparieren zu lassen oder für den Winter unter Dach und Fach zu bringen. Überhaupt erscheint es recht bedenklich, derartige Erwägungen über die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Aufgabe des Quasibesitzes zuzulassen, weil dadurch der Wert des Besitzschutzes wesentlich beeinträchtigt wird.[1] Wir haben bereits oben mit Kohler die Ansicht vertreten, dass es unangebracht erscheint, das Erfordernis des animus juris exercendi auf unser heutiges Recht auszudehnen, und dass die Willensrichtung dessen, der eine Servitut ausübt oder auch nicht ausübt, gleichgültig ist, und es mag auch hier hervorgehoben werden, dass unter den Parteien ganz allein das Grundbuch massgebend ist, und dass im allgemeinen das rein äussere Zusammentreffen der Voraussetzungen genügen muss, um den Besitzschutz zu gewähren.

1) Kipp in Windscheids Pandekten S. 748.

Damit soll natürlich die Möglichkeit nicht geleugnet werden, dass der Quasibesitz vor Ablauf eines Jahres aufgegeben werden kann. Ein derartiges Aufgeben geschieht stets freiwillig.[1] Wenn mir mein Nachbar die Ausübung der Wegeservitut unmöglich macht, indem er den Weg versperrt, so kann ich im Wege der Selbsthülfe das Hindernis beseitigen; thue ich dies nicht, so ist es mein freier Wille. Durch meine Unthätigkeit allein verliere ich aber den Besitz noch nicht, denn ich kann ja innerhalb Jahresfrist die Besitzklage erheben. Dagegen gebe ich — und zwar freiwillig — meinen Quasibesitz auf, wenn ich dem Verbote meines die Dienstbarkeit bestreitenden Nachbars folgend, von einer ferneren Ausübung der Wegeservitut Abstand nehme.

Es wird bei Grunddienstbarkeiten oft schwer, ja unmöglich sein, zu entscheiden, ob Besitzentziehung oder Besitzstörung vorliegt. Bei beweglichen Sachen wird es sich meist um Entziehung handeln, weil eine Störung nur ausnahmsweise denkbar ist, z. B. bei Kähnen, Buden etc. Bei Grundstücken und ganz besonders bei Grunddienstbarkeiten ist eine Entscheidung meist schwer zu treffen, zumal uns auch § 1029 keinerlei Anhaltspunkte giebt, sondern allgemein von „Störung" spricht. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass Störung der weitere Begriff ist und man im Falle der Entziehung auch von Störung sprechen kann.

Nicht jede Beeinträchtigung im Besitze kann auch Schon als Besitzstörung gelten, die zur Klage berechtigt; wir werden einen Zustand voraussetzen, der fortwirkend Störung verursacht oder verursachen kann.

1) A. M. Planck III S. 323.

Demnach kann die Störung entweder körperlich fortdauern z. B. durch Errichtung einer eine Wegedienstbarkeit hemmenden Vorrichtung (Zaun, Graben etc.), oder sie kann so erfolgen, dass unter den bestehenden Umständen die Besorgnis weiterer Störungen erregt und ein Zustand dauernder Rechtsunsicherheit geschaffen wird.

Auch durch blosse Drohungen kann eine Besitzstörung verursacht werden. Freilich meinen die Motive,[1] Drohungen würden meist nicht als genügend erachtet werden zur Begründung der Klage und überlassen „die Frage, ob durch Drohungen ein Zustand „der Rechtsunsicherheit herbeigeführt werden kann, „der Entscheidung der Doktrin und der Praxis." Dernburg[2] scheint auf dem Standpunkte des PrLR.[3] zu stehen, wenn er sagt: „An eine thatsächliche „Störung ist allein gedacht, denn eine bloss wört„liche kann nicht als „verbotene Eigenmacht" be„zeichnet werden." Im Falle der bloss wörtlichen Besitzanmassung verweist Dernburg auf die Feststellungsklage. Dernburg's Ansicht wird in den meisten Fällen die richtige sein, aber es lässt sich doch nicht leugnen, dass solche Drohungen, deren Verwirklichungen mit Grund zu erwarten sind, den Charakter einer Besitzstörung haben. In diesem Sinne

1) Motive III S. 127.

2) Dernburg III S. 81.

3) Nach Pr. LR. genügten mündliche Drohungen, Bestreiten des Rechts nicht, es wurde thatsächliche Alterierung verlangt; daher wurde Drohung mit gegenwärtiger Gefahr als Besitzstörung erachtet. Vergl. Scherer III S. 23.

äussert sich Cosack:[1][2] „Im Einzellfalle genügt „eine blosse Drohung, sofern sie den Besitzer that- „sächlich aus dem Besitze treibt oder im Besitze „stört; dagegen genügt ein einfaches Bestreiten des „Besitzes nicht." Ähnlich ist auch Scherer's[3] Standpunkt: „Der Richter hat freies Ermessen. Nach „meiner Ansicht genügt eine Drohung; denn mit „derselben ist stets eine gegenwärtige Gefahr ver- „bunden." Mann wird auch die blosse Aufstellung von Warnungstafeln als Besitzstörung ansehen müssen.[4] „Dabei wird aber vorauszusetzen sein, dass der Be- „drohte wenigstens die Charakterstärke eines „Durchschnittsmenschen besitzt, übertriebene Ängst- „lichkeit kann keine Berücksichtigung finden."[5]

Wer verbotene Eigenmacht übt, handelt widerrechtlich. Widerrechtlich ist jede objektive Störung; auf das Verschulden oder die bösliche Absicht des Störenden kommt es nicht an.

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft (§ 858 Abs. 2). Derjenige, der die verbotene Eigenmacht übt, wird allerdings Besitzer und gilt auch Dritten gegenüber als solcher. Aber im Verhältnis zum Deiizierten gilt sein Besitz als fehlerhaft und er muss aus demselben weichen; diese Fehlerhaftigkeit muss auch der Nachfolger des Deizienten im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er

1) Cosack III S. 80.
2) Desgl. Matthiass II S. 15.
3) Scherer III S. 23.
4) Scherer III S. 24.
5) Biermann, S. 23.

sein Erbe ist oder den Besitz in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit von ihm erworben hat (§ 858 Abs. 2 Satz 2). Wenn der durch verbotene Eigenmacht hergestellte Besitzstand ein Jahr lang unangefochten bestanden hat, dann erscheint er durch die Zeitdauer derartig bestätigt, dass er mit den Besitzklagen nicht mehr angefochten werden kann. (§§ 661 Abs. 2, 862 Abs. 2)

b) Umfang des Besitzschutzes.

1. Das Recht des Selbstschutzes.

α) Selbstverteidigung.

§ 9.

Wie wir gesehen haben, knüpft das BGB. den Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten an vier Voraussetzungen. Fehlt auch nur eine derselben, dann ist die Geltendmachung des Besitzschutzes unzulässig. Zwei von diesen Voraussetzungen erscheinen uns auf den ersten Blick als selbstverständlich: dass nämlich eine Störung eingetreten sein muss und dass nur der Besitzer des herrschenden Grundstücks Besitzschutz geniesst. Die beiden anderen Voraussetzungen (Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch und einmalige Ausübung im letzten Jahre) sind künstlich geschaffene Bestimmungen, welche eine weitere Garantie gegen jede missbräuchliche Anwendung des Besitzschutzes bilden sollen.

Das BGB. gewährt den Besitzschutz in doppelter Hinsicht, einmal als Selbstschutz, (§§ 859, 860) sodann als gerichtlichen Schutz (§§ 861—864).

Der Umfang des Selbstschutzes entspricht im allgemeinen der bisherigen Gesetzgebung.[1] Nur Preussen beschränkte das Selbsthülferecht auf den Fall, dass die Hülfe des Staates zu spät kommen und sonst ein unersetzlicher Schaden entstehen würde.

Das BGB. erlaubt schlechthin jedem Besitzer sich verbotener Eigenmacht zu wehren. Diese Bestimmung ist ein Erfordernis der Gerechtigkeit, denn da jede Eigenmacht des anderen meinen Besitz aufhebt, so muss es mir auch erlaubt sein, diesen Besitz aus eigner Macht wieder zu beleben.[2] Eine einfache Verweisung auf den Rechtsweg würde mich unbilliger Weise mit der Klägerrolle belasten und meinen Gegner trotz fehlerhaften Besitzes vorläufig in seinem Besitzstande rechtlich respektieren. Dementsprechend giebt das Gesetz ein ausgedehntes Recht der Selbstverteidigung und der Selbsthülfe.

Das Recht des Selbstschutzes steht, wie bereits oben erwähnt, nicht nur dem Besitzer des herrschenden Grundstücks zu, sondern auch dem Besitzdiener (§ 860). Aber man kann nicht eigentlich von einem Rechte zur Geltendmachung des Selbstschutzes sprechen, denn es handelt sich um ein vom unmittelbaren Besitzer abgeleitetes Recht. Deshalb kann dieser auch dem Besitzdiener die Ausübung des Rechtes untersagen.

Dem mittelbaren Besitzer stehen die Selbstschutzbefugnisse des § 859 weder aus eigenem Rechte zu noch etwa als Vertreter des unmittelbaren Besitzers.

1) Cosack III S. 98.
2) Endemann III S. 174.

§ 869 gewährt dem mittelbaren Besitzer nur die Ansprüche aus §§ 861, 862 (betreffend den gerichtlichen Schutz); von dem Selbstschutze des § 859 ist nicht die Rede, Eine andere Ansicht vertreten Gierke, Bekker, Fischer-Henle und Kuhlenbeck.[1] Sie gründen ihre Ansicht auf die Bestimmung des § 868, wonach auch der mittelbare Besitzer als Besitzer gilt, und meinen daher, dem mittelbaren Besitzer dürfe nichts versagt werden, was dem Besitze als solchem zugestanden werde. Deswegen dürfe die Selbsthülfebefugnis die nach § 859 jedem Besitzer zugesprochen werde, dem mittelbaren Besitzer nicht versagt werden. Kuhlenbeck ist insbesondere der Ansicht, dass ein argumentum econtrario aus § 869 unlogisch sei; auch sei das Selbsthülferecht gegen Dritte keineswegs überflüssig, z. B. bei Abwesenheit, Nachlässigkeit oder auch Feigheit des vermittelnden Besitzers. Obgleich diese Gründe gewiss beachtenswert sind, müssen wir es doch ablehnen, dem mittelbaren Besitzer die Selbsthülfebefugnisse aus § 859 in dem Falle zuzugestehen, dass seitens Dritter gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht geübt wird, einmal, weil § 869 nur die Besitzklagen und nicht das Selbstschutzrecht erwähnt, zum anderen, weil jedenfalls nicht die Absicht bestanden hat, dem mittelbaren Besitzer das Recht des Selbstschutzes aus § 859 zu gewähren, denn die zweite Kommission[2] hat es

1) Gierke, Gutachten S. 37, Fahrnisbesitz S. 7; Bekker, Besitz bewegl. Sachen S. 68; Fischer-Henle, Kommentar § 869; Kuhlenbeck a. a. O. S. 462 f.

2) Prot. III S. 226, vergl. auch Motive III S. 114.

ausdrücklich abgelehnt, ihm dieses Recht zu verleihen.[1] Dagegen stehen dem mittelbaren Besitzer die allgemeinen Selbsthülferechte der §§ 227—229 zu Gebote.

Der Selbstschutz des Besitzers kann sich als Selbstverteidigung oder als Selbsthülfe äussern. Das Recht der unmittelbaren Abwehr giebt § 859 Abs. 1: „Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren."

Diese Bestimmung ist ein Gegenstück zu § 227, welcher von der Notwehr handelt. Es wird positiv ein Recht ausgesprochen gegenüber der negativen Fassung des § 227, wonach derjenige nicht widerrechtlich handelt, der eine durch Notwehr gebotene Handlung vornimmt.[2] Das hier gewährte Recht der Selbstverteidigung wird sich in denselben Schranken zu halten haben wie das Recht der Notwehr nach § 227. Es wird auch nur das Recht zum Abwehren der verbotenen Eigenmacht zugestanden, daher ist die Anwendung von Gewalt nur berechtigt, soweit sie zu diesem Zwecke erforderlich ist. Ein Hinausgehen über das Mass der hiernach zulässigen Gewaltanwendung ist widerrechtlich und macht, wenn ein Verschulden vorliegt, schadensersatzpflichtig.

1) Ebenso Planck III S. 59 ff.; Biermann S. 39; Staudinger III S. 25 ff; Heilfron III S. 92 ff.; Turnau-Förster a. a. O. S. 72; Dernburg III S. 74; Matthiass II S. 16 Anm. 1.

2) Motive III S 112.

β) Selbsthülfe.

§ 10.

Neben dem Rechte der unmittelbaren Abwehr giebt § 859 ein zeitlich beschränktes Recht auf Wiederbemächtigung bereits entzogenen Besitzes. Abs. 2 spricht von dem Selbsthülferecht bei beweglichen Sachen; für unser Thema ist nur Abs 3 von Bedeutung, welcher von der Besitzentziehung bei Grundstücken handelt. Abs. 3 lautet: „Wird dem Besitzer eines „Grundstückes der Besitz durch verbotene Eigen-„macht entzogen, so darf er sofort nach der Ent-„ziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des „Thäters wiederbemächtigen". Das hier gewährte Recht der Selbsthülfe ist umfassender als das Selbsthülferecht des § 229; es ist z. B. ganz gleichgültig, ob obrigkeitliche Hülfe rechtzeitig erlangt werden kann oder nicht.

Um Missbrauch zu verhüten, ist das Selbsthülferecht an enge zeitliche Schranken gebunden. Die Wiederbemächtigung soll nämlich sofort nach der Entziehung erfolgen, also bevor der Besitzstand des Dejicienten zu einem gesetzlichen geworden ist. Deshalb versagt das Selbsthülferecht, wenn der Besitzer von seiner Entsetzung nicht sofort Kenntnis bekommt.[1] Eine andere Ansicht vertritt Kuhlenbeck.[2] Er meint das sofortige Handeln sei nicht bedingt durch sofortige Kenntnis der Besitzentziehung oder Störung, der „kritische Moment" beginne vielmehr erst mit der

1) Planck III S. 44; Turnau-Förster a. a. O. S. 58; Windscheid a. a. O. S. 695; Biermann S. 18 f.

2) Kuhlenbeck a. a. O, S. 463.

Kenntnis. Diese Auslegung des Wortes „sofort" ist nicht richtig. Nach gemeinem Rechte war allerdings die Wiederentsetzung sofort nach erlangter Kenntnis zulässig[1] und auch der Entwurf I (§ 815 Abs. 3) vertrat noch den gemeinrechtlichen Standpunkt, allerdings mit der Einschränkung, dass Gewalt gegen die Person nur zulässig sein solle, wenn die Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung erfolge. Dies hat die zweite Kommission mit Recht beseitigt, von der Erwägung ausgehend, dass die Kenntnis von der Entziehung möglicherweise erst nach Jahren erfolgen könne.[2]

„Sofort" nach der Entziehung ist aber nicht gleichbedeutend mit „unmittelbar", denn dann würde das Wiederbemächtigungsrecht in seiner Wirksamkeit wesentlich beeinträchtigt werden. Die Protokolle[3] sprechen die Erwartung aus, dass die Praxis zu einer dem Sinne der Vorschrift entsprechenden Auslegung gelangen werde. Jedenfalls wird es zulässig sein, dass der Entsetzte unmittelbar nach der Entsetzung die zur Wiederbemächtigung erforderlichen Massregeln trifft und seine Thätigkeit bis zur Erreichung des Zieles ununterbrochen fortführt.

„Sofort" nach der Entziehung hat auch nicht denselben Sinn wie „unverzüglich", denn dann würde der Entsetzte[3] in der Lage sein, noch geraume Zeit nach der Besitzentziehnng zur Selbsthülfe zu schreiten, sofern er ohne eigenes Verschulden früher von dem

1) Windscheid a. a. O. S. 695.
2) Dernburg III S. 72.
3) Protokolle III S. 40.

Wiederbemächtigungrechte nicht Gebrauch machen konnte.

Das Erfordernis der Kontinuität hat vom rein sachenrechtlichen Standpunkte aus nur geringe Bedeutung. Nach den §§ 861—863 wird erst durch Ablauf eines Jahres der ursprünglich fehlerhafte Besitzstand fehlerfrei, d. h. erst nach einem Jahre kann dem Besitzer, der den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, nicht mehr die Einrede des fehlerhaften Besitzes entgegengestellt werden. Daraus ergiebt sich in gewissem Sinne eine Erweiterung des Selbsthülferechtes, denn der Dejicierte ist an das Erfordernis der Kontinuität nicht gebunden, sondern kann den Dejicienten jederzeit — jedoch nur innerhalb Jahresfrist — wieder aus dem Besitze setzen. Er braucht dabei die Einrede des fehlerhaften Besitzes nicht zu fürchten, sondern kann vielmehr seinerseits den Gegner, der mit der Besitzklage gegen ihn vorgeht, mit dieser Einrede schlagen. Die Bedeutung des Erfordernisses der sofortigen Dejection liegt mehr auf strafrechtlichem Gebiete, resp. auf dem Gebiete der unerlaubten Handlung.[1]

Die Einrede des fehferhaften Besitzes führt, wie wir gesehen haben, zu einer gewissen Ausdehnung des Selbsthülferechtes, und aus diesem Grunde wurde auch seinerzeit die Zulassung dieser Einrede eifrig bekämpft; es erscheint aber stark übertrieben, zu folgern, dass diese Einrede „ein Faustrecht sanktioniere, welches „gewissermassen die Bürger dazu auffordere, sich

1) Vergl. Biermann S. 22; Kuhlenbeck a. a. O. S. 464; Windscheid a. a. O. S. 736.

„die Köpfe blutig zu schlagen". Die Strafgesetze werden hier wohl zum Mashalten zwingen.

Derjenige, gegen den verbotene Eigenmacht geübt worden ist, ist zur Gewaltanwendung berechtigt. Scherer[1] behauptet zwar: „Der zur Selbsthülfe „Berechtigte darf keine Gewalt anwenden, folglich „auch kein Blut vergiessen. Das Wort „Gewalt" „fehlt in Abs. 3, und mit Recht; denn die Besitz-„entziehung hat bei Grundstücken mit Rücksicht auf „das Grundbuch und die entwickelten Verkehrs-„verhältnisse heute praktisch fast gar keine Be-„deutung." Scherer mag Recht haben, wenn er meint, eine Besitzentziehung bei Grundstücken komme heute nur selten vor; die Bestimmungen des § 859 Abs. 3 finden aber auch auf die Grunddienstbarkeiten Anwendung und hier wird eine Entziehung oder Störung nicht allzuselten sein. Die Worte „mit Gewalt" fehlen allerdings auffallenderweise im dritten Absatze des § 859, während sie in den beiden vorhergehenden Absätzen vorkommen. Aber es ist nicht anzunehmen, dass man diese Worte aus den von Scherer angegebenen Gründen fortgelassen hat; man hat sie nicht wiederholt, weil sie ganz selbtverständlich sind. Die Bestimmungen des Abs. 3 würden einfach wertlos sein, wenn es nicht erlaubt wäre, zwecks Wiedererlangung des verlorenen Besitzes Gewalt anzuwenden. Nach Scherer's Ansicht würde es also auch nicht erlaubt sein, den die Ausübung der Wegeservitut verhindernden Zaun mit Gewalt zu entfernen.

1) Scherer III S. 25.

Auch wer fehlerhaft besitzt, darf Selbsthülfe üben. Die Frage, wann jemand sich im fehlerhaften Besitze einer Grunddienstbarkeit befindet, ist nicht leicht zu beantworten.

Jeglicher Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten knüpft sich an die vier Voraussetzungen, die wir bereits oben besprochen haben. Fehlt auch nur eine derselben, dann ist der Besitzschutz ausgeschlossen. Eine trotzdem vorgenommene Handlung, die auf Beseitigung der Störung gerichtet ist, würde verbotene Eigenmacht sein und den Störer zur Abwehr berechtigen. Nehmen wir z. B. an, ich sei Eigentümer einer im Grundbuche eingetragenen Grunddienstbarkeit, hätte aber im letzten Jahre keine einzige Ausübungshandlung vorgenommen, dann würde ich dadurch den Anspruch auf possessorischen Schutz verloren haben. Eine nach Ablauf des Jahres von mir wider Willen meines Nachbars vorgenommene Ausübungshandlung wäre verbotene Eigenmacht (das Recht bleibt ja völlig unberücksichtigt) und würde ihn zur Abwehr berechtigen. Habe ich zwecks Ausübung meiner im Grundbuche eingetragenen, aber im letzten Jahre nicht ausgeübten Grunddienstbarkeit eine Anlage ohne Willen meines Nachbars errichtet, so kann dieser sofort nach Errichtung der Anlage dieselbe wieder entfernen (§ 859 Abs. 3). Thut er dies nicht, so habe ich mir einen Besitzstand geschaffen, der zwar fehlerhaft ist, mir aber das Recht der Selbsthülfe gewährt, weil dieses ja von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes unabhängig ist.[1]

1) Kipp in Windscheids Pandekten S. 748.

Schliesslich mag noch folgendes hervorgehoben werden: Die Selbstverteidigung (das Erwehrungsrecht) hat einen ausschliesslich devensiven Charakter und ist nur solange zulässig, als der Eingriff noch im Werk ist,[1] also in dem Angenblicke, wo ich bei Gelegenheit der Ausübung meiner Servitut gestört werde, oder wo jemand einen Zustand herstellt, der mich in der Ausübung hindern soll. Ist dieser Zustand einmal geschaffen und die Behinderung eingetreten, dann kann von Defensive, von Erwehrung nicht mehr die Rede sein, ich muss zur Offensive d. h. zur aggressiven Selbsthülfe greifen, um das Hindernis zu beseitigen. Nach Massgabe dieser Grundsätze wird im Einzelfalle bei Grunddienstbarkeiten zu prüfen sein, ob das Erwehrungs- oder das Selbsthülferecht am Platze ist. Vollendete, völlige Behinderung der Ausübung der Dienstbarkeit werden wir jedenfalls im Sinne des § 859 Abs. 3 der Besitzentziehung gleichstellen müssen und in diesem Falle werden wir die aggressive Selbsthülfe zugestehen müssen.[2]

1) Cosack II S. 97.

2) An dieser Auffassung muss festgehalten werden, obgleich sich daraus Widersprüche ergeben. Durch einmalige fehlerfreie Ausübung der Dienstbarkeit schaffe ich mir einen unentziehbaren rechtlich geschützten Besitzstand für ein Jahr. Werde ich nun in Ausübung der Dienstbarkeit gehindert, so wird mir dadurch dieser Besitz noch nicht genommen und ich erhalte mich im Besitze, wenn es mir im Laufe des Jahres auch nur einmal gelingt, die Dienstbarkeit fehlerfrei auszuüben. Erst wenn die Behinderung so lange gedauert hat, dass ich ein ganzes Jahr lang nicht in der Lage war, eine Ausübungshandlung vorzunehmen, ist mir der Besitz entzogen. Da die Selbsthülfe nach dem Wortlaute des § 859 Abs. 3 nur im Falle der Besitzentziehung zulässig ist, eine Entziehung

Dennoch aber bleiben einige Punkte zweifelhaft. Wenn beispielsweise eine Störung und zwar eine vollendete eingetreten ist, (mein Nachbar hat, um mich zu ärgern, grosse Steine auf den Weg, den ich jeden Tag kraft meiner Servitut betrete, wälzen lassen, und hat mir so die Ausübung erschwert), darf ich dann auf Grund des § 859 Abs. 3 die Störung im Wege der Selbsthülfe beseitigen, obgleich dieser Paragraph nur von Entziehung redet? Gelten in diesem Falle dieselben zeitlichen Schranken?[1]

2. Der gerichtliche Schutz.

α) Das Verhältnis der Besitzklagen zum Recht und zu der Klage aus dem Recht.

§ 11.

Die gesetzliche Erlaubnis zur Gewaltanwendung im Falle der Selbstverteidigung und der Selbsthülfe giebt nur einen sehr unvollkommenen Schutz.[2] Einmal ist der Erfolg der Gewaltanwendung ein sehr ungewisser und zum anderen durfte man an die Versäumung der Gewaltanwendung nicht besondere Nachteile knüpfen. Deswegen stellte man dem Selbstschutz als notwendige

bei Servituten aber erst nach Ablauf eines Jahres seit der letzten fehlerfreien Ausübungshandlung eintreten kann, so könnte streng genommen das Recht der Selbsthülfe bei den Real-Servituten nicht zur Anwendung kommen. Das wäre eine Härte, die das Gesetz jedenfalls nicht beabsichtigt hat. — Die Frage der Besitzentziehung bei den Realservituten wird weiter unten bei der Frage der Zulässigkeit der Besitzentziehungsklage noch einmal besprochen werden.

1) Cosack II S. 97.

2) Motive III S. 117.

Ergänzung den gerichtlichen Schutz gegenüber. Er umfasst die Klage wegen Entziehung und wegen Störung des Besitzes. Diese Klagen treten an die Stelle der römischrechtlichen interdicta retinendae et recaperandae possessionis und der gemeinrechtlichen Spolienklage sowie des possessorium ordinarium. Ein possessorium summariisimum kennt das BGB. nicht; dasselbe ist, weil rein prozessualer Natur, durch die einstweilige Verfügung ersetzt worden (§ 940 CPO). Die Vorschriften über den possessorischen Schutz sind nicht prozessualer sondern materiellrechtlicher Natur. Derjenige, welcher durch verbotene Eigenmacht in seinem Besitzstande geschädigt wird, erhält ein Recht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, welches von dem Rechte zum Haben der Sache unabhängig ist.

Schon das römische Recht wies jede Verbindung von Eigentums- und Besitzstreit zurück (separata esse debet possessio a proprietate). Zuerst musste im Interesse des öffentlichen Friedens der Besitzstand hergestellt werden, dann mochte der Eigentümer sein Recht zum Besitze zur Geltung bringen. Daher durfte im Besitzprozesse der Beklagte nicht mit der Einrede gehört werden, dass er Eigentümer sei. Auch das BGB. hat den possessorischen Charakter des Besitzprozesses streng gewahrt. Welches materielle Recht dem Besitze des Klägers zu Grunde liegt, ist ebenso gleichgültig wie die Frage, ob der Beklagte ein Recht für sich in Anspruch nimmt. Aber die vollständige Ausschliessung eines jeden possessorischen Vorbringens wäre zu weit gegangen.[1] Das allzuschroffe Festhalten an dem

1) Motive III S. 129.

Principe der Scheidung zwischen possessorium und petitorium würde die Prozessstellung des Beklagten unter Umständen, besonders dem Vorwurfe der verbotenen Eigenmacht gegenüber, unbillig erschweren. Deswegen gestattet § 863 die Geltendmachung eines Rechts zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung, aber nur zur Begründung der Behauptung, dass die Entsetzung oder die Störung nicht verbotene Eigenmacht sei.

Da die Ansprüche aus dem Besitze und aus dem Rechte neben einander bestehen, so steht nichts im Wege, beide Klagen gleichzeitig anzustellen. Wird die possessorische Klage vor der petitorischen entschieden, sei es zu Gunsten, sei es zu Ungunsten des Klägers, so läuft die petitorische Klage bis zur vollständigen Entscheidung unbeeinflusst weiter. Erlangt der Kläger im petitorium ein selbständiges rechtskräftiges Urteil, bevor der Besitzstreit seine Erledigung gefunden hat, dann wird dieser von selbst hinfällig (petitiorum absorbet possessorium). Desgleichen erlischt der aus der verbotenen Eigenmacht entstandene Anspruch, wenn der Thäter hinterher durch rechtskräftiges Urteil feststellt, dass ihm ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. (§ 864 Abs. 2). Diese Vorschrift ist ein Gebot der Zweckmässigkeit, denn „possessorische Restitution mit einer „ihr folgenden, dem materiellen Rechte entsprechenden „Restitution wäre ein unnötiger Umweg.“ [1]

1) Motive III S. 13 1.

Wie erwähnt kann gleichzeitig possessorisch und petitorisch geklagt werden. Eine andere Frage ist es, ob petitorium und possessorium in einer Klage derart verbunden werden können, dass über Ansprüche aus dem Rechte zum Besitz und über Ansprüche aus der Thatsache des Besitzes gemeinsam verhandelt und abgeurteilt wird. Die alte CPO. verbot in § 232 Abs. 2 ausdrücklich eine derartige Klageverbindung. Durch die Novelle zur CPO. (17. 5. 98) ist diese Beschränkung gestrichen worden. Es hat dies für den Kläger den Vorteil, dass er sich für den Fall, dass die Besitzklage nicht durchdringen sollte, auf das Recht selbst stützen kann.

Lebhafter Streit herrscht über die Frage, ob infolge dieser Streichung in Zukunft auch die petitorische Widerklage gegenüber der Besitzklage zulässig sei. Cosack[1] spricht sich dafür aus: „Nach der neuen, „CPO., welche das bisherige Verbot einer Verbindung „possessorischer und petitorischer Klagen in einem „Prozesse aufgehoben hat, ist ihm (dem Beklagten), „wenn der Prozess wegen des Besitzanspruches „bereits anhängig ist, auch die Erhebung der Widerklage aus dem Vollrechte freigestellt." Ebenso äussert sich Enneccerus:[2] „Der Beklagte ist in der „Lage, widerklagend sein dingliches Recht an der „Sache vorzubringen."

1) Cosack II S. 86

2) Enneccerus, Sachenrecht § 863; Kniep a. a. O. 420 f.; Kuhlenbeck a. a. O. S. 469; bei Turnau-Förster S 60 bleibt die Frage unentschieden, „jedoch dürften die Gründe für Zulassung der Widerklage überwiegen."

Das Verbot einer Verbindung possessorischer und petitorischer Klagen ist allerdings aufgehoben worden; dies ist aber für die Frage der Zulässigkeit der petitorischen Widerklage ohne Bedeutung, denn der Grund der Unzulässigkeit liegt in dem unverändert gebliebenen § 33 der Civilprozessordnung.[1] Nach § 33 wird die Widerklage dadurch bedingt, dass der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhang steht. Mit dem in einer Besitzklage geltend gemachten Anspruche steht nun aber der Anspruch, welcher sich auf ein Recht zum Besitze oder zur Vornahme der störenden Handlung stützt, nicht im Zusammenhang. Es könnte sich also nur aus dem Zusammenhang mit den gegen die Besitzklage zulässigen Verteidigungsmitteln die Zulässigkeit der petitorischen Widerklage ergeben. Nun sind aber gegenüber possessorischen Ansprüchen petitorische Einwendungen ausgeschlossen. Dies spricht § 863 nicht unmittelbar aus, sondern dadurch, dass er die einzige Ausnahme, von der Regel bezeichnet. In Wahrheit handelt es sich aber garnicht um eine Ausnahme.[2] Der Beklagte kann nämlich ein Recht zum Besitze nur insoweit geltend machen, als er damit den Klaggrund der verbotenen Eigenmacht widerlegt, indem er also nachweist, dass die Entziehung oder Störung ausnahmsweise gesetzlich gestattet war. Wenn auch dieser Nachweis vom Be-

1) Dies geht auch hervor aus den Motiven III S. 130 und Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 23 S. 397.

2) Planck III S. 48, 49.

klagten zu führen ist, so gehört dies darum nicht weniger zur Begründung des Anspruchs. Gelingt dem Beklagten der Nachweis, dann wird dadurch der Anspruch des Klägers hinfällig. Es handelt sich darum im Falle des § 863 nicht um Zulassung einer petitorischen Einwendung gegen einen bestehenden Besitzanspruch. Daraus ergiebt sich die Unzulässigkeit der petitorischen Widerklage.[1]

Meisner,[2] der auch die petitorische Widerklage für unzulässig erklärt, begründet seine Ansicht unter anderem damit, dass er anführt, durch eine derartige Klageverbindung werde der Zweck der Besitzklagen vereitelt, wonach vor allem der dem Beklagten gegenüber fehlerfreie Besitzstand wieder hergestellt werden solle. Diese Begründung ist nur zum Teil richtig, denn in vielen Fällen wird die Besitzklage eher spruchreif sein, als die petitorische Widerklage; es kann also der Beklagte im Besitzprozesse durch Teilurteil vorab verurteilt werden. „Es ist wohl möglich, das in einem „Prozesse wegen Besitzentziehung der Beklagte zunächst „gezwungen wird, die eigenmächtig in Besitz genommene „Streitsache dem Kläger herauszugeben, während er „einige Wochen später auf Grund seiner Widerklage „ein Urteil erstreitet, welches den Kläger zur sofortigen Rückgabe nötigt.“[3] In einem derartigen Falle wird

1) Seuffert, Kommentar zur CPO. S. 43, Heilfron III S. 84; Staudinger III S. 20, Bendix, Sachenrecht S. 527, Heinsheimer, BGB. und bad. Recht S. 358; desgl. jetzt auch Biermann in der 2. Auflage seines Kommentars S. 26. In der ersten Auflage wurde eine Widerklage aus dem Recht gegen die Besitzklage für unbeschränkt zulässig erklärt.

2) Meisner III S. 16.

3) Cosack II S. 86.

man nicht sagen können, dass der Zweck des Besitzprozesses vereitelt worden sei. Übrigens würde der im Besitzprozesse unterlegene Beklagte, auch wenn er mit der petitorischen Widerklage siegt, immerhin einen Teil der Prozesskosten tragen müssen.

Wir haben gesehen, mit welcher Strenge unser heutiges Recht die Scheidung zwischen possessorium und petitorium aufrecht erhalten hat. Ob diese Scheidung beim Besitzstreit um Grundstücke und bewegliche Sachen gerechtfertigt und zweckmässig ist, mag dahingestellt bleiben, wird aber lebhaft bestritten;[1] beim Besitzstreit um Grunddienstbarkeiten (bisher der häufigste Fall des Besitztreites überhaupt[2]) hätte man die Einrede aus dem Rechte ruhig zulassen können, da sie voraussichtlich nur selten geltend gemacht werden kann, weil ja die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuche Voraussetzung jeglichen Besitzschutzes ist. Die Einrede aus dem Rechte ist nur denkbar in dem Falle, dass die Unrichtigkeit des Grundbuchs geltend gemacht wird, indem z. B. die Eintragung der Dienstbarkeit als unwirksam angefochten wird, weil dieselbe auf Grund einer gefälschten oder inhaltlich ungenügenden Vollmacht bewilligt ist. Ferner in dem

1) Kohler a. a. O. S. 281 meint, die moderne Besitzlehre habe sich um einer gewissen „Eleganz" willen hier wie sonst vom praktischen Bedürfnis entfernt. Turnau-Förster a. a. O. S. 66: Man hätte den Mut haben sollen, mit veralteten Grundsätzen zu brechen und den Einwand des Rechtes um Besitz unbeschränkt zuzulassen, nachdem einmal das besondere, beschleunigte Besitzprozessverfahren weggefallen war.

2) Eugen Josef a. a. O. S. 290.

Falle, dass die Servitut nicht so ausgeübt wird, wie es die Eintragung erfordert, z. B. wenn nach Parzellierung des herrschenden Grundstücks alle Parzellanten die nur für den einen früheren Besitzer eingetragene Wegeservitut ausüben wollen.

Um die eigenartige Natur des Besitzschutzes bei Grunddienstbarkeiten recht zu erkennen, wird es sich empfehlen, schliesslich noch den Rechtsschutz mit dem Besitzschutz zu vergleichen.

Der Besitzschutz bezweckt die Regelung des Besitzes ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitze; Der Rechtsschutz dagegen bezweckt die Verwirklichung des Rechts auf den Besitz. Das tatsächliche Ziel beider Klagen kann dasselbe sein; sowohl aus § 1027 (Rechtsschutz) wie aus § 1029 (Besitzschutz) kann wegen der Entziehung der Grunddienstbarkeit auf Wiedereinräumung geklagt werden. Aber während bei der Klage aus dem Recht die Wiedereinräumung als Verwirklichung der rechtlichen Herrschaft erscheint, ist sie bei der Besitzentziehungsklage nur als Wiederherstellung der tatsächlichen Herrschaft, die durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist, zu denken[1].

β) Welche Klagen sind zulässig?

§ 12

Wir haben bereits oben erwähnt, dass unser Gesetzbuch nur von Störung in Ausübung der Grunddienstbarkeit spricht. In Anlehnung an den Wortlaut des Gesetzes meint Kipp[2], das Gesetz

1) Heilfron III S. 81.
2) Kipp in Windscheids Pandekten S. 748 ff.

kenne eine Entziehung des Servitutenbesitzes nicht sondern immer nur eine Störung, und verweist daher auf entsprechende Anwendung des § 862, der den Besitzanspruch bei Störung des Sachbesitzes gewährt. Kipp fügt dann aber hinzu, es könne nicht zweifelhaft sein, dass eine Störung auch vorliege, wenn die Ausübung völlig unmöglich gemacht sei.

Jedenfalls ist es richtig, den Begriff der Störung im Sinne des § 1029 nicht zu eng zu fassen; dies ergiebt sich aus auch den Motiven[1], welche von Hinderung oder Störung in Ausübung der Servitut sprechen.

Im Einzelfalle mag es schwierig sein, zu entscheiden, ob die Ausübung der Servitut gestört oder völlig gehindert ist,[2] jedenfalls liegt es nahe, im Falle der Störung auf die entsprechende Anwendung der Besitzstörungs-, im Falle der Hinderung auf Anwendung der Besitzentziehungsklage zu verweisen. Eine solche Verweisung erscheint aber unrichtig, und zwar aus folgenden Gründen:

Bei Gewährung des possessorischen Schutzes ging man davon aus,[3] dass die Analogie zwischen dem Sachbesitz und dem Zustande der Ausübung der Dienstbarkeit zu benutzen sei. Um nun festzustellen, ob dieser Zustand auch tatsächlich geschaffen sei, er-

1) Motive III S. 492.

2) Besonders schwer ist diese Entscheidung bei jenen Servituten, welche durch unzusammenhängende Handlungen ausgeübt werden, denn wenn man auch einmal an der Ausübung gehindert worden ist, so kann man doch noch nicht wissen, ob man nicht das nächste Mal in der Lage ist, die Servitut auszuüben.

3) Motive III S. 490.

schien eine positive Vorschrift für zweckmässig, und diese wurde dahin gegeben, dass die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch und einmalige fehlerfreie Ausübung im letzten Jahre zur Begründung des rechtlich geschützten Besitzes erforderlich und genügend sei. Eine einmalige fehlerfreie Ausübung begründet also diesen Besitzstand für die Dauer eines Jahres, und eine Ausübung je einmal von Jahr zu Jahr macht den Ausübenden zum kontinuierlichen Besitzer.[1]

Daraus ergiebt sich: wenn ich mir durch eine fehlerfreie Ausübungshandlung einen rechtlich geschützten Besitzstand für ein Jahr geschaffen habe, so wird mir dieser Besitzstand dadurch, dass mir die fernere Ausübung unmöglich gemacht wird, allein noch nicht geraubt; erst wenn ein Jahr nach der letzten Ausübungs- (Besitz) handlung verstrichen ist, kann von Entziehung des Besitzes gesprochen werden.

In gleichem Sinne äussert sich Kohler:[2]

„Wird jemand an der Ausübung der serv. faciendi „gehindert, so ist zu unterscheiden: wird er so ge„hindert, dass er sie trotzdem des Jahres einmal aus„üben kann, so wird er im Servitutenbesitz gestört; „wird er so gehindert, dass er ein ganzes Jahr keinen „Besitzakt vornehmen kann, so ist ihm der Besitz ent„zogen. Servitutes prohibendi: geht die Dienstbarkeit „dahin, dass der Nachbar eine Anlage nicht errichten „darf, so wird durch Errichtung der Anlage der Ser„vitutenbesitz gestört und, wenn sie ein Jahr lang be-

1) Kohler a. a. O. S. 241.
2) Kohler a. a O. S. 246.

„standen hat, verloren; es treten dann die Besitz-„störungs und Besitzentziehungsklagen ein."

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass die Besitzentziehungsklage nur in beschränktem Masse anwendbar ist. Praktisch erscheint sie völlig bedeutungslos, da sie ja erst ein Jahr nach den letzte ruhigen Besitzhandlung angestellt werden kann, während doch gerade bei den Besitzstreitigkeiten eine rasche Regelung des Besitzstandes wünschenswert erscheint.

Die Erörterung über die Zulässigseit der Besitzentziehungsklage hat mehr einen theoretischen als einen praktischen Wert. Aus einer Verwechslung der Besitzentziehungs- mit der Besitzstörungsklage werden nämlich keinerlei Schwierigkeiten erwachsen, weil der Richter trotzdem urteilen kann. Eine Verfehlung gegen § 253 CPO. (bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs) ist darin allein nicht zu erblicken, dass der Kläger eine seinen Besitz beeinträchtigende Handlung falsch qualificiert.[1] Da ferner beide Klagen auf demselben Klagegrunde beruhen (eigenmächtiger Eingriff in den Besitzstand), so liegt nicht eine nach § 268 CPO. unzulässige Klageänderung vor, wenn zuerst Besitzentziehung und dann Besitzstörung geltend gemacht wird oder umgekehrt.[2] Will der Kläger ganz sicher gehen, dann kann er die beiden Anprüche aus §§ 861, 862 derart verbinden, dass er seinem auf einen dieser Paragraphen

1) Strohal, Sachbesitz nach BGB. in Jherings Jahrbüchern Bd. 38, Kniep a. a. O S. 472.

2) Bendix III S. 527.

gestützten und in erster Linie gestellten Begehren ein Eventualbegehren beifügt.

§ 13.

γ) Gemeinsames der Klagen.

Die Besitzklagen haben das gemeinsame Ziel, den Besitzstand zu regeln. Diese Regelung hat den Vorteil, dass dadurch festgestellt wird wer in dem Streite um das Recht die Rolle des Klägers übernehmen soll. Die Motive[1] sehen auch darin einen besonderen Nutzen der Besitzklagen, dass durch diese unter Umständen die Klage um das Recht erspart werde, nämlich dann wenn ein Recht zum Haben der Sache von keiner Seite bewiesen werden könne. Dieser Vorteil der Besitzklagen wird bei Grunddienstbarkeiten in der Regel fortfallen, weil bei diesen der Besitzschutz von der Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuche abhängig ist und durch die Eintragung das Recht selbst bereits klargestellt wird.

Die Besitzentziehungs- wie die Besitzstörungsklage hat zur Voraussetzung, dass der durch Verübung der verbotenen Eigenmacht hervorgerufene Zustand zur Zeit der Klageerhebung noch besteht.[2]

Gegen beide Klagen ist die Einrede des fehlerhaften Besitzes zulässig,[3] jedoch nur dann, wenn derjenige, der angeblich fehlerhaft besitzt, diesen Be-

1) Motive III S. 117.

2) Motive III S. 123, 125.

3) Man wird ein gleiches bezüglich der vom Gesetzbuch nicht erwähnten Besitzfeststellungsklage annehmen müssen,

sitz im letzten Jahre vor der Entziehuug oder Störung erlangt hat (§ 861 Abs. 2, § 862 Abs. 2). Dieser Bestimmung liegt der Gedanke zu Grunde, dass sich niemand auf die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Gegners berufen könne, der selbst innerhalb eines Jahres vor der fehlerhaften Besitzerlangung des Gegners diesem gegenüber den Besitz fehlerhaft erlangt habe.[1]

Hat jemand eine fehlerhafte Ausübungshandlung vorgenommen, so wird diese Handlung durch Ablauf eines Jahres fehlerfrei, und er gilt nunmehr auch gegenüber demjenigen als rechtlich geschützter Besitzer, von dem er den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat.

Nach § 1029 kann sich aber bezüglich des Schutzes bei Grunddienstbarkeiten jemand überhaupt nur auf eine Besitzhandlung im letzten Jahre berufen. Es ist also ausgeschlossen, das jemand eine fehlerhafte Besitzhandlung, die vor diesem Jahre liegt, zu seinem Gunsten geltend macht, sie würde ihm zu dem Nachweise, dass er Besitzer sei, nichts nützen. Wenn die Handlungen des letzten Jahres fehlerhaft sind, dann helfen eben fehlerfreie, die vor diesem Jahre liegen, nichts. Wenn aber im letzten Jahre auch nur eine fehlerfreie Ausübungshandlung vorgenommen worden ist, dann wird, auch wenn alle späteren Handlungen fehlerhaft sind, dennoch Besitzschutz gewährt, weil ja die eine fehlerfreie Handlung für ein Jahr Servitutenbesitz begründet.[2]

1) Protokolle III S. 43.
2) Kipp a. a. O. S. 749.

Weggefallen ist im heutigen Rechte als eine rein prozessuale Einrichtung die den römischen Interdikten eigentümliche Duplicität der Besitzklagen und damit die recuperatorische Nebenfunktion.[1] Ein Ersatz hierfür wird indirekt durch die Einrede des fehlerhaften Besitzes geschaffen, denn durch diese wird dem Beklagten das Recht der Widerklage gesichert, da diese nach § 33 der Zivilprozessordnung zulässig ist, wenn sie mit den gegen den Klageanspruch vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange steht.[2]

Die Ansprüche aus den Besitzklagen erlöschen nach Ablauf eines Jahres nach Verübung der verbotenen Eigenmacht (§ 864). Diese Vorschrift ist ein Erfordernis des praktischen Bedürfnisses, da die Frage, auf wessen Seite in den Fällen der Entziehung oder Störung des Besitzes die Eigenmacht lag, leicht der Verdunkelung unterliegt.[3]

Eine nach Ablauf der Frist angestellte Klage muss von Amtswegen zurückgewiesen werden, also auch dann, wenn der Beklagte das Erloschensein des Anspruchs nicht geltend macht. Das Erlöschen des Anspruchs wird durch Erheben der Besitzfeststellungsklage nicht gehindert.[4]

Zwischen der letzten Ausübungshandlung und dem Erlöschen des Klageanspruchs können im ganzen zwei Jahre liegen, denn ich kann mich nach § 1029 auf

1) Kuhlenbeck a. a. O. S. 467.
2) Dernburg, Sachenrecht S. 82.
3) Denkschrift zum BGB. S. 166.
4) Turnau-Förster a. a. O. S. 65. Biermann S. 27.

eine Ausübungshandlung im letzten Jahr vor Verübung der Eigenmacht berufen, und der Klageanspruch erlischt erst ein Jahr nach Verübung der Eigenmacht.

Da wo vor der Entscheidung im Besitzprozesse das Bedürfnis nach einer vorläufigen Regelung hervortritt, hat sie durch die einstweilige Verfügung zu erfolgen. Der Richter kann nach Gutdünken urteilen. Er ist durchaus nicht gebunden, die letzte ruhige Besitzhandlung zu berücksichtigen (anders beim summariissimum).

Die Besitzklagen haben nicht den Charakter von Deliktsklagen im Gegensatz zum gemeinen Recht. Deswegen werden Schadensersatzansprüche von den Besitzklagen abgesondert. Zur Begründung von Schadensersatzansprüchen muss vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Entsetzenden resp. Störenden nachgewiesen werden; zur Begründung der Besitzschutzklagen ist ein derartiger Nachweis nicht erforderlich.

Wenn der Kläger im Besitzprozesse gleichzeitig Entschädigungsansprüche geltend machen will, so steht es ihm frei, die Besitzklage mit der Entschädigungsklage zu verbinden. Schon früher war es zulässig, die Klage aus dem Rechte zum Besitz mit der Klage auf Entschädigung zu verbinden. Nach Streichung des bereits oben S. 63 f. erwähnten Abs. 2 des § 232 ist nunmehr auch die Verbindung einer Besizklage mit einer Schadenersatzklage gestattet. Die Motive[1] gehen allerdings davon aus, dass eine derartige Verbindung unzulässig sei; in den §§ 861, 862 ist jedoch

1) Motive III S. 119.

ein derartiges Verbot nicht zum Ausdruck gekommen. An und für sich gehen die Besitzklagen zwar nur auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, dies hat aber mit der prozessualen Frage der Zulässigkeit der Klageverbindung nichts zu thun.[1]

§ 14.

β) Die Klagen im einzelnen.

Die Klagen wegen Besitzentziehung und wegen Besitzstörung sind im wesentlichen gleichartig und beruhen auf den soeben erörterten gemeinsamen Grundsätzen. Die wenigen Unterscheidungsmerkmale der beiden Klagen sind natürliche Folgen ihres verschiedenen Zieles. Wir können uns daher bei Besprechung der einzelnen Klagen kurz fassen.

In Bezug auf die Besitzentziehungsklage bestimmt § 861 Abs. 1:

„Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem „Besitzer entzogen, so kann dieser die Wieder-„einräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, „welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt."

Voraussetzung der Klage ist also Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht. Klageberechtigt ist jeder Besitzer, gegen den die verbotene Eigenmacht geübt worden ist, nicht aber der Besitzdiener. Der Kläger hat zu beweisen, dass er zur Zeit der Entziehung im Besitz der Sache war und dass dieser Besitz ihm von dem Beklagten entzogen worden ist;

1) Turnau-Förster a. a. O. S. 61, Biermann S. 21.

Sache des Beklagten ist es, den Nachweis zu führen, dass die Entziehung gesetzlich gestattet war. Voraussetzung der Klage ist ferner fehlerhafter Besitz des Gegners. Der Gegner besitzt fehlerhaft, sofern noch kein Jahr seit Verübung der Eigenmacht verstrichen ist (§ 864). Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes muss auch stets gegen sich gelten lassen, wer als Erbe in den Besitz gekommen ist. (§ 858 Abs. 2); die gleiche Vorschrift findet auf den Erwerber Anwendung, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorganges gekannt hat. Das Ziel der Klage ist auf Wiedereinräumung des Besitzes gerichtet; der Beklagte muss alles tun, um dem Kläger den verlorenen Besitz wieder zu verschaffen. Hatte er also z. B. die Ausübung eines Wegeservituts durch Anlegung eines Zaunes unmöglich gemacht, dann wird er jetzt dazu verurteilt, den Zaun wieder zu entfernen.

Die Verfolgung des Besitzanspruchs ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft ist und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt ist (§ 861 Abs. 2). Der Sinn ist: Wer den ihm durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitz sich binnen Jahresfrist, wenn auch durch verbotene Eigenmacht, wiederverschafft, kann durch die Besitzklage nicht verdrängt werden, weil er nur den ursprünglichen Besitzstand wieder hergestellt hat.

Die soeben bei der Besitzentziehungsklage besprochenen Bestimmungen bezüglich des Klägers und des Beklagten, bezüglich der Beweislast und der Einrede des fehlerhaften Besitzes finden auch auf die Be-

sitzstörungsklage Anwendung. Diese Klage geht auf Beseitigung der Störung; sind weitere Störungen zu besorgen, so kann auf Unterlassung geklagt werden. Handelt der Beklagte dem Urteil zuwider, so kommt § 890 der Zivilprozessordnung zur Anwendung.

Im Falle der blossen wörtlichen Anmassung ist auf die Besitzfestellungsklage zu verweisen (§ 256 CPO).

„Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbe-
„stehens eines Rechtsverhältnisses kann Klage er-
„hoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches
„Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch
„richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde."

Voraussetzung dieser Klage ist also das Bestehen eines Rechtsverhältnisses; die Frage ob der Besitz ein Rechtsverhältnis sei, ist bestritten, aber im Sinne der Zivilprozessordnung zu bejahen.[1] Es genügt ein rechtliches Interesse des Klägers; dasselbe ist vorhanden, wenn der Gegner das Bestehen des beanspruchten Rechts bestreitet,

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt die Besitzfeststellungsklage nicht; dennoch müssen wir analoge Schlüsse ziehen und z. B. auch die Einrede des fehlerhaften Besitzes nach § 862 Abs. 2 gegenüber der Besitzfeststellungsklage zulassen.

Eine Verbindung der Feststellungsklage mit der Besitzstörungsklage ist zulässig und dann von Nutzen, wenn die Störung nicht nachweisbar ist, wohl aber der Besitz.

1) Dernburg, Sachenrecht S. 81; Seuffert, Kommentar S 362.

Die Besitzfeststellungsklage ist auch als Besitz klage im Sinne des § 24 der Zivilprozessordnung anzusehen, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt. Es ist das Gericht ausschliesslich zuständig, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.[1]

Nicht zu den eigentlichen Besitzklagen gehört die einen Ersatz für die fehlende actio publiciana bildende Klage aus dem älteren Besitz (§ 1007 BGB.). Diese Klage schützt das relativ bessere Besitzr e c h t und zur Begründung der Klage gehört in jedem Falle der Nachweis, dass der Kläger früher besessen hat. Für den Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten ist die Klage bedeutungslos, weil sie nicht die Tatsache des Besitzes sondern das Recht auf den Besitz schützt und weil sie in Abweichung von der Publiciana nur in Ansehung beweglicher Sachen zulässig ist.

III. Der Besitzschutz bei den beschränkten persönlichen Dientbarkeiten.

§ 15.

Wie bereits mehrfach erwähnt geniessen auch die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten Besitzesschutz. Dieser Schutz kommt jedoch nicht unmittelbar zur Anwendung, sondern es wird in § 1090 Abs. 2 auf die entsprechende Anwendung des Besitzschutzes bei Grunddienstbarkeiten (§ 1029) verwiesen.

Da die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten mit Ausnahme des Wohnungsrechtes (§ 1093) ihren

1) Dernburg, Sachenrecht S. 81: Heilfron III S. 99.

Stoff den Grunddienstbarkeiten entnehmen, so wird die analoge Anwendung des § 1029 in der Regel keine Schwierigkeiten bereiten; einige Unterschiede ergeben sich aus der höchst persönlichen Natur der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Die strenge Bindung des Rechts an die berechtigte Person führt insbesondere zu einer weiteren Erschwerung der Voraussetzungen und damit zu einer Einengung des Umfanges des Besitzschutzes.

Ebenso wie bei den Grunddienstbarkeiten ist auch bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten das Erfordernis der Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch eine Voraussetzung des Besitzschutzes. Der persönlichen Natur dieser Rechte entsprechend ist aber diese Eintragung nur dann vollständig, wenn die Person mit eingetragen ist, an die sich das Recht knüpft.

§ 1029 gewährt bei Grunddienstbarkeiten dem Besitzer des herrschenden Grundstücks den Besitzschutz, wenn die Dienstbarkeit für den Eigentümer im Grundbuche eingetragen ist.

Bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten knüpft sich das Recht der Ausübung an die im Grundbuch als berechtigt eingetragene Person. Da, wie sich aus der Analogie des § 1029 ergiebt, das Recht nur für den Eigentümer des herrschenden Grundstücks eingetragen werden kann, so werden Eigentümer und berechtigte Person normaler Weise identisch sein, ebenso wird in der Regel nur derjenige Besitzer des herrschenden Grundstücks, der zugleich Eigentümer desselben ist, den Besitzschutz geltend machen können.

Wenn das Recht, die Dienstbarkeit auszuüben, ausschliesslich der im Grundbuch als berechtigt eingetragenen Person zustände, dann würden diejenigen Recht haben, die nur diesem Berechtigten den Besitzschutz gewähren wollen. Auf diesem Standpunkte stehen Endemann[1] und Kipp[2]. Auch Planck[3] scheint diese Ansicht zu vertreten, wenigstens erwähnt er nur die im Grundbuch als berechtigt eingetragene Person als Trägerin des Rechts.

Es soll nicht geleugnet werden, dass die Eintragung das Recht zur Geltendmachung der Dienstbarkeit möglicherweise so eng begrenzt, dass nur der Berechtigte in Person zur Ausübung befugt ist; § 1091 gewährt jedoch im Zweifel auch anderen Personen das Recht der Ausübung, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass dieses Recht sich von dem eingetragenen Berechtigten ableitet

§ 1091 gibt als Auslegungsregel die Bestimmung, dass der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten richte. Im Zusammenhange mit § 1092, welcher die Ausübung des Rechts für unübertragbar erklärt, ergibt sich die höchstpersönliche Natur der Dienstbarkeit.

Es wird sich fragen, in wie weit es nach § 1091 als ein persönliches Bedürfnis des Berechtigten anzusehen ist, dass auch andere Personen das Recht ausüben.

---

1) Endemann, Sachenrecht, S. 417 Anm. 8.
2) Kipp in Windscheids Pandekten S. 750.
3) Planck III, S. 410.

Die Motive[1] sind der Ansicht, dass auch auf die Haushaltung oder das Erwerbsgeschäft Rücksicht genommen werden könne. Den gleichen Standpunkt vertreten Biermann[2], Matthias[3] und Planck[4], Endemann[5] wendet sich gegen die extensive Auslegung der Motive als im Widerspruch zu der ratio legis stehend. Er will nur dem Berechtigten und dem, der mit dem Berechtigten persönlich nahe verbunden ist, die auf Lebenszeit des Berechtigten abgestellte Benutzung gewähren. Auch Turnau-Förster[6] ist der Ansicht, dass der Wortlaut des Gesetzes einer ausdehnenden Interpretation keinenfalls günstig sei.

Da es sich im § 1091 um eine blosse Auslegungsregel handelt, so hat der Richter freie Hand, nach den Umständen des Falles zu entscheiden. Wenn jemand z. B. sich als beschränkte persönliche Dienstbarkeit das Recht hat bestellen lassen, einen Weg über das Nachbargrundstück zu benutzen, so wird man es verständigerweise auch seinen Familienmitgliedern und Freunden nicht verwehren können, von diesem Rechte Gebrauch zu machen. Wenn aber durch Errichtung einer Fabrik oder eines Erwerbsgeschäfts die Zahl der Passanten zunimmt, so sind diese nicht ohne weiteres zur Benutzung des Weges berechtigt, sondern es bedarf einer entsprechenden Abänderung des Eintragungvermerks.

1) Motive III, S. 567.
2) Biermann, S. 280.
3) Matthiass II S. 130 f.
4) Planck III S. 410.
5) Endemann, Sachenrecht S. 417 Anm. 4.
5) Turnau-Förster a. a. O. S. 510.

Soweit nach dieser Darstellung dritte Personen zur Ausübung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als berechtigt erscheinen, wird man ihnen auch das Recht zugestehen müssen, den Besitzschutz geltend zu machen.

Dieser Ansicht kommt Biermann[1] am nächsten, wenn er sagt: „Die Anwendung des § 1029 wird „davon abhängen, dass die beschränkte persönliche „Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist und dass „derjenige, der in ihrer Ausübung gestört ist, sie für „den eingetragenen Berechtigten ausgeübt hat" und wie man der Deutlichkeit halber hinzufügen könnte, zu dieser Ausübung nach Massgabe des § 1091 berechtigt erscheint.

Etwas weit geht Matthiass,[2] wenn er den Besitzschutz jedem zusprechen will, der in Ausübung der eingetragenen Dienstbarkeit gestört wird, wenn er auch selbst nicht im Grundbuch eingetragen ist. Auch Staudinger[3] geht zu weit, wenn er sagt: „Den „Besitzschutz wird hier jeder haben, der die Dienst„barkeit tatsächlich ausübt, z. B. ein einzelner Ge„meindeangehöriger (unklar Mot. III S. 5618)[4] voraus-

1) Biermann S. 280.
2) Matthiass II S. 131.
3) Staudinger III S. 191.
4) In den Motiven heisst es a. a. O.: „Was die Vorschriften „über den possessorischen Schutz anbelangt, so ist bei den „persönlichen Dienstbarkeiten der Fall nicht ausgeschlossen, „dass der Berechtigte vermöge des Rechts das Grundstück „innehat und somit die Vorschriften über den possessorischen „Schutz direkte Anwendung finden." Dies ist z. B. beim Wohnungsrechte (§ 1093) der Fall; desgleichen kann sich

„gesetzt, dass das berechtigte Subjekt (z. B. die „Gemeinde) im Grundbuch eingetragen ist."

Aus der persönlichen Natur der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ergibt sich im Gegensatz zu den Grunddiensbarkeiten, dass der Erbe keinen Besitzschutz geniesst. Mit dem Tode des Berechtigten muss die Dienstbarkeit notwendigerweise erlöschen.

Über die praktische Bedeutung des Besitzschutzes bei den beschränkten persönlichen Diensbarkeiten wird weiter unten gesprochen werden; an dieser Stelle mag nur bemerkt werden, dass Endemann[1] nicht recht hat, wenn er die Heranziehung des § 1029 überhaupt für verfehlt hält. Endemann begründet seine Ansicht folgendermassen: „Dass ein anderer (als der Be„rechtigte) als „Besitzer" der Dienstbarkeit auftreten „könnte, wird auch dann nicht stattfinden, wenn eine „juristische Person der Berechtigte ist; denn hier übt „jedes Mitglied die Dienstbarkeit als Glied der Ge„samtheit aus. Somit ist die Heranziehung des § 1029 im wesentlichen verfehlt."

Dagegen ist einzuwenden, dass, wie wir gesehen haben, sehr wohl ein anderer als der Berechtigte im Falle des § 1091 als „Besitzer" der Dienstbarkeit auftreten kann; zum andern hat die Anwendung des § 1029 für den als berechtigt Eingetragenen den Vorteil, dass er nicht seine wirkliche Berechtigung nachzuweisen braucht; es gilt nämlich zu seinem Gunsten

ebenso wie bei Grunddienstbarkeiten die Ausübung als Teilbesitz am dienenden Grundstück oder als ein auf das Nachbargrundstück ragender Sachbesitz darstellen.

1) Endemann S. 417 Anm. 8.

die Vermutung, dass das für ihn eingetragene Recht ihm auch wirklich zusteht. § 891 Abs. 1). Dies ist durchaus nicht ohne Bedeutung. So wird derjenige die Besitzklage anstellen, welcher weiss, dass die Eintragung unrichtig ist und voraussieht, dass der Klage aus dem Recht die Unrichtigkeit des Grundbuchs entgegengehalten werden würde.

IV. Übergangsbestimmungen.

§ 15.

a) Notwendigkeit der Bestimmungen.

Bei Einführung des Eintragungsprinzipes bereitete die Frage, wie man mit den bestehenden Grunddienstbarkeiten verfahren solle, die meisten Schwierigkeiten. Nach bisherigem Rechte bestand nämlich in den meisten Ländern eine derartige Eintragungspflicht nicht. Da wohl die Mehrzahl der Servituten auf Ersitzung beruht und die Voraussetzungen einer solchen in der Regel nicht leicht zu beweisen sind, so hätte in vielen Fällen erst im Wege langwieriger Prozesse über das Bestehen oder Nichtbestehen der Servitut entschieden werden müssen, bevor eine Eintragung möglich gewesen wäre. Eine gewaltige Klagenhäufung wäre die unvermeidliche Folge gewesen. Ausserdem erschien die schnelle Durchführung des Eintragungszwanges bei der Verschiedenheit der wirtschaftlichen Verhältnisse im deutschen Reiche und insbesondere auch im Hinblick auf den Stand der Ablösung und Flurbereinigung geradezu als undurchführbar.

Aus diesen Gründen sieht das Bürgerliche Gesetzbuch davon ab, die Eintragung der Grunddienstbarkeiten an eine Präklusivfrist zu binden; das Eintragungsprinzip wird im Laufe der Jahre dadurch zur Geltung kommen, dass neue Dienstbarkeiten nur durch Eintragung begründet werden können; ferner muss auf Wunsch des Berechtigten oder Belasteten die Eintragung im Grundbuch erfolgen (Art. 187 Abs. 1); schliesslich können die Landesregierungen einen Termin bestimmen, bis zu welchem die bestehenden Grunddienstbarkeiten zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs eingetragen werden müssen (Art. 187 Abs. 2).

Bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten wird das Eintragungsprinzip noch schneller zur Durchführung gelangen. Die Übergangsvorschriften des Art. 187 beziehen sich nämlich nur auf die Grunddienstbarkeiten. Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten müssen stets eingetragen sein, wenn sie Besitzschutz geniessen sollen, es sei denn, dass das Grundbuch für den betreffenden Bezirk noch nicht als angelegt anzusehen ist.

Obgleich das Eintragungsprinzip allgemein zur Durchführung gelangen wird, können unter Umständen uneingetragene Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten noch viele Jahre lang rechtlich anerkannt bleiben. Es war daher ein Erfordernis der Gerechtigkeit, dass man diesen Dienstbarkeiten einen besonderen possessorischen Schutz gewährte, da sie ja sonst völlig wertlos geworden wären. Die allgemeine Regel des Art. 180, wonach

auf ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehendes Besitzverhältnis die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (also auch bezgl. des Besitzschutzes) Anwendung finden, konnte nicht Platz greifen, da das Bürgerliche Gesetzbuch den Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten von der Eintragung im Grundbuche abhängig macht. Es galt daher den Besitzschutz bei nicht eingetragenen Dienstbarkeiten dieser Art besonders zu regeln. Diesem Bedürfnis kommt Art. 191 EG. nach.

b) Inhalt der Übergangsbestimmungen

§ 17.

Art. 191 macht bei Gewährung des Schutzes einen Unterschied zwischen der Zeit vor Anlegung und der Zeit nach Anlegung des Grundbuchs. In Abs. 1 heisst es: „Die bisherigen Gesetze über den Schutz im Be-„sitz einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten „persönlichen Dienstbarkeit finden auch nach dem „Inkrafttreten des BGB. Anwendung, bis das Grundbuch „für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist."

Die Frage, wer geschützt wird, ist nach neuem Rechte zu beantworten. Dies ist durchaus nicht unwichtig, denn manche früheren Rechte schützten nur den juristischen Besitzer, nicht den Pächter oder Mieter.[1] Ebenso wie das BGB. z. B. den Pächter im Besitze des herrschenden Grundstücks schützt, muss es ihn auch im Besitze einer dem herrschenden Grundstücke zustehenden Dienstbarkeit schützen.

1) Habicht a. a. O. 369; Planck VI S. 333.

Es wird allgemein von Dienstbarkeiten gesprochen, also auch von solchen, die mit einer tatsächlichen Gewalt über das belastete Grundstück oder doch einen Teil desselben nach § 865 verbunden sind und die deshalb nach BGB. unmittelbaren Sachbesitz und dessen Schutz gewähren (vergl. Art. 180 EG.). Es wird die Frage nicht ohne Bedeutung sein, ob diese Dienstbarkeiten sowohl Sachbesitzschutz im Sinne des BGB. geniessen als auch Schutz nach bisherigem Recht. Wir werden diesen Dienstbarkeiten nur den Schutz des BGB. zubilligen können, nicht auch den des bisherigen Rechts, und zwar aus folgenden Gründen.

Abs. 1 des Art. 181 will vermeiden, dass diejenigen Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, welche bisher Schutz genossen, dieses Schutzes verlustig gehen, weil das BGB. einen Rechtsbesitz nicht mehr kennt und sie andererseits das Erfordernis der Eintragungen nicht erfüllen. Eines solchen Schutzes bedürfen aber diejenigen Dienstbarkeiten nicht, welche unmittelbaren Sachbesitzschutz geniessen, und es ist nicht wohl anzunehmen, dass der Gesetzgeber diesen Dienstbarkeiten auch noch den Schutz des alten Rechts gewähren wollte.[1]

Ist das Grundbuch als angelegt anzusehen, so wird gemäss Art. 191 Abs. 2 der Besitzschutz auf solche Grunddienstbarkeiten ausgedehnt, „welche nach Art. 128 „oder Art. 187 zur Erhaltung der Wirksamkeit gegen„über dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht „der Eintragung bedürfen."

1) Habicht a. a. O. S. 368 ff.; Planck VI S. 333.

Art. 128 spricht von der Dienstbarkeit an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der Grundbuchordnung (§ 90) nicht eingetragen zu werden braucht. An einem solchen Grundstücke können also auch nach Anlegung des Grundbuchs Dienstbarkeiten begründet werden, ohne dass sie ins Grundbuch eingetragen zu werden brauchen.

Art. 187 bestimmt, dass eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffenlichen Glauben des Grundbuchs nicht eingetragen zu werden braucht. Die Frage, ob eine Grunddienstbarkeit zur Zeit, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestanden hat, fällt mit der Frage nach dem rechtlichen Bestehen der Dienstbarkeit zusammen, daher ist die Erörterung hierüber im Besitzprozesse unzulässig. Deswegen ist diese Voraussetzung des Besitzschutzes eine rein theoretische. Daraus ergibt sich, dass Dienstbarkeiten, welche zwecks Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen, d. h. für welche die Landesgesetze nicht nach Art. 187 Abs. 2 die Eintragung zur Erhaltung der Wirksamkeit vorgeschrieben haben,[1] trotz des § 1029 auch ohne Eintragung Besitzschutz geniessen, wenn sie die Erfordernisse erfüllen die Art. 191 des weiteren aufstellt.[2]

1) Und das ist bisher fast nirgends geschehen z. B. auch in Preussen nicht, Niedner Einführungsgesetz S. 389.

2) Niedner a. a. O. S. 401; Habicht a. a. O. S. 373.

Art. 191 macht bei Gewährung des Schutzes einen Unterschied zwischen solchen Dienstbarkeiten, welche mit dem Halten einer dauernden Anlage verbunden sind, und solchen, die es nicht sind. Erstere erhalten, weil ein dem Sachbesitze nahe verwandtes Verhältnis des Berechtigten zur dienenden Sache vorhanden ist, ohne weiteres possessorischen Schutz. Den nicht mit einer Anlage verbundenen Dienstbarkeiten wird possessorischer Schutz nur dann gewährt, wenn die Dienstbarkeit in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden ist. Was unter „Ausübung" zu verstehen ist, haben wir bereits oben eingehend erörtert. Es wurde dabei die Frage aufgeworfen, ob bei negativen Servituten, welche darin bestehen, dass auf dem belasteten Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, die Ausübung bereits in der Nichtvornahme dieser Handlungen zu erblicken sei, oder ob ein Verbot des Besitzers des herrschenden Grundstücks und ein dementsprechendes Sichfügen des Besitzers des belasteten Grundstücks erforderlich sei. Wir nahmen damals an, dass ein besonderes Verbot nicht notwendig ist, weil dieses bereits in der Eintragung im Grundbuch enthalten ist. Diese Entscheidung ist zweifellos richtig, so weit es sich um eingetragene Grunddienstbarkeiten handelt. Eine Schwierigkeit entsteht bei den nicht eingetragenen negativen Grunddienstbarkeiten, welche nach Art. 191 Abs. 2 possessorischen Schutz geniessen sollen. Bei diesen Dienstbarkeiten müsste man, da ja eine Eintragung im Grundbuch nicht vorhanden ist und darum auch kein in der Eintragung

enthaltenes Verbot, streng genommen ein in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung ergangenes Verbot und ein dementsprechendes Sichfügen verlangen. Es liegt aber auf der Hand, dass unter diesen Umständen die negativen Servituten einfach schutzlos sein würden; wir können nicht annehmen, dass dies der Wille des Gesetzes ist. Es wird deshalb wohl richtig sein, wenn wir die Frage, was unter Ausübungshandlung bei negativen Servituten zu verstehen ist, aus § 1029 beantworten und annehmen, dass eine negative Servitut schon dann ausgeübt wird, wenn ihr nicht zuwider gehandelt wird.

Solche Grunddienstbarkeiten, die ihrer Natur nach nicht jedes Jahr ausgeübt werden können, z. B. Mastberechtigungen, Bauholzberechtigungen geniessen vom Zeitpunkt der Anlegung des Grundbuchs an überhaupt keinen Besitzschutz mehr, wenn sie nicht eingetragen sind.[1]

Die Vorschriften des Art. 191 Abs. 2, wonach uneingetragene Grunddienstbarkeiten noch nach Anlegung des Grundbuchs Besitzschutz geniessen sollen, finden auf die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten keine Anwendung. Diese finden nur dann Schutz, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Wenn daher für einen bestimmten Bezirk das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, dann ist es Sache des Berechtigten, durch Erwirkung seiner Eintragung das Recht auf den Besitzschutz zu erwerben.

1) Protokolle VI S. 524; Niedner a. a. O. S. 302.

c) Bedeutung und Wirkung der Übergangsbestimmungen.

§ 18.

Die Bedeutung des Art. 191 darf nicht unterschätzt werden. Sie liegt vor allem darin, dass gemäss Art. 187 die bestehenden Grunddienstbarkeiten vielleicht noch Jahre lang vom Eintragungszwange befreit bleiben und ausschliesslich auf den von Art. 191 gewährten Besitzschutz angewiesen sind. Aber aus der Nichteintragung der Dientbarkeiten drohen schwere Rechtsnachteile. Nach Inkrafttreten des BGB. kann sich nämlich die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit nicht mehr vollenden, wenigstens nicht mehr von dem Augenblicke an, wo das Grundbuch für den betreffenden Bezirk als angelegt anzusehen ist. Die Ersitzung bildet aber für die meisten bisherigen Grunddienstbarkeiten den Erwerbstitel. Je mehr Jahre nun seit Anlegung des Grundbuchs verflossen sind, desto schwieriger wird der Nachweis des Bestehens der Grunddienstbarkeit auf Grund der Ersitzung werden, denn es muss ja nachgewiesen werden, dass bereits zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs die Voraussetzungen der Ersitzung vorhanden waren.

Die bestehenden Rechtssätze wollen zwar die nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten schonen, bahnen aber deren Zersetzung an.[1] Art. 191 gibt nur einen vorläufigen Schutz gegen Störung in Ausübung der Dienstbarkeit und wirkt nur im Bezitzprozesse. Ist der störende Gegner im Besitzprozesse unterlegen und klagt

1) Dernburg Sachenrecht S. 484; Habicht a. a. O. S. 374

er nun aus dem Eigentum, so braucht er nur sein Eigentum und die Tatsache der Beeinträchtigung zu beweisen (für das Eigentum spricht ja die Vermutung der Freiheit); der Sieger im Besitzprozess muss jetzt im petitorischen Prozesse beweisen, dass der Gegner zur Duldung verpflichtet ist (§ 1004 Abs. 2) Diesen Nachweis führt er, indem er beweist, dass zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs seine Servitut bestand, sei es durch Vertrag, sei es durch Ersitzung. Der Nachweis der Ersitzung wird aber in vielen Fällen garnicht zu führen sein; ein allmähliches Absterben der nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten wird die unausbleibliche Folge sein.

Schluss

Die praktische Bedeutung des Besitzschutzes bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

§ 19.

Wenn wir nun zum Schlusse die Frage aufwerfen, welche praktische Bedeutung der Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dientbarkeiten haben wird, so müssen wir zwischen Selbstschutz und gerichtlichem Schutz unterscheiden. Der Selbstschutz des Besitzes geht über den allgemein gewährten Selbstschutz (§§ 227—229) hinaus und wird gerade bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, die ja oft einer Störung unterliegen können, häufig zur Anwendung kommen. Ohne das Selbstschutzrecht würde der Servitutberechtigte einem jeden Verbote auch des zur Duldung verurteilten und vielleicht mit Strafe bedrohten Besitzers des dienenden Grundstücks zu weichen haben und auf die praktisch zumeist unausführbare Zuziehung eines Gerichtsvollziehers beschränkt sein.[1]

Was dagegen den gerichtlichen Schutz anbetrifft, so steht mit Sicherheit zu erwarten, dass eine

1) Motive III S. 492.

Verminderung der Besitzklagen eintreten wird. Bisher kamen Störungen bei Ausübung von Dienstbarkeiten so häufig vor, weil das rechtliche Bestehen der Dienstbarkeiten, die angeblich auf Vertrag oder Ersitzung beruhten, vielfach sehr bestritten war. In Zukunft werden Störungen, die den Anlass zu einer Besitzklage bilden könnten, weniger häufig vorkommen, weil die Eintragung im Grundbuch, die ja Voraussetzung des Bestehens der Grunddienstbarkeit oder der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist, das Recht selbst klarsellt.

Nach bisherigem Rechte verdiente ferner im Falle der Störung der Dienstbarkeit die Besitzklage den Vorzug, weil der Berechtigte es auf diese Weise vermied, sein Recht selbst nachweisen zu müssen, ein Zwang, der zumal bei dem Nachweis des Erwerbes durch Ersitzung sehr lästig sein konnte. Nach dem BGB. wird die Besitzklage nur gewährt, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist (§ 1029). Ist aber diese Voraussetzung vorhanden, dann ist dadurch das Recht selbst klargestellt und der Berechtigte hat keinen Anlass, die Besitzklage zu erheben, welche ihm noch den Nachweis der tatsächlichen Ausübung aufbürdet. Er wird vielmehr die Klage aus dem Recht selbst (§ 1027) vorziehen, da die Zivilprozessordnung einen besonderen Besitzprozess nicht mehr kennt, und die wünschenswerte Abkürzung der Einlassungs- und Ladungsfristen in allen Fällen auf Antrag erreicht werden kann.[1] Ein Bedürfnis zur Besitzklage liegt

1) vgl. Eugen Josef, Erläuterungen zu den Besitzklagen, Archiv für bürgerl. Recht XV S. 290.

also bei Grunddienstbarkeiten nur vor, wenn etwa jemand, der zur Anstellung der Klage aus dem Rechte nicht befugt ist, z. B. der Pächter oder Mieter, in Ausübung der Servitut gestört wird; ferner auch in den seltenen Fällen, in welchen der Eigentümer des berechtigten Grundstücks voraussieht, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks gegen die Klage aus dem Rechtdie Unrichtigkeit des Grundbuchs geltend machen will. Bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten werden die Besitzklagen noch weniger Bedeutung haben, weil bei der persönlichen Natur dieser Rechte in der Regel nur der als berechtigt Eingetragene zur Anstellung der Klage legitimiert sein wird, jedenfalls aber nicht ein Pächter oder ein Mieter. Aus dem Gesagten ergiebt sich zur Genüge die geringe praktische Bedeutung der Besitzklagen bei den Grunddienstbarkeiten und insbesondere bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.